Leo Wiese

Saarbrücken 1959

DIE BETRIEBSÜBERNAHME

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte der Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fa-
kultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Leo W i e s e

S a a r b r ü c k e n

1959

8978/61

Amtierender Dekan:	Prof. Dr. Aubin
Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Wegener
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Zeuner
Dritter Berichterstatter:	Prof. Dr. Wolany

Tag der Disputation
24. Juni 1959

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

G L I E D E R U N G

E I N L E I T U N G

Problemstellung, Bestimmung und Abgrenzung des Themas, Entwicklung des Begriffs.

I. KAPITEL

Der Betrieb als Gegenstand der Übernahme

1. Begriffsbestimmung,

2. Identität des übernommenen Betriebes mit dem des bisherigen Inhabers,

II. KAPITEL - H A U P T T E I L -

Betriebsübernahme und Einzelarbeitsverhältnis

I.) Betriebsübernahme als Tatbestand:

1. Partnerwechsel durch Gesetz

2. Partnerwechsel durch Rechtsgeschäft

3. sog. originärer Betriebserwerb.

II.) Rechtsfolgen der Betriebsübernahme:

1. Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes,

2. Vertragspartnerwechsel durch Rechtsgeschäft,

3. Ruhegehaltsverpflichtungen sowie sonstige zusätzliche soziale Leistungen,

4. Aufrechterhaltung von mit der Betriebszugehörigkeit verbundenen Rechten und Anwartschaften,

5. Zusammenfassung, kritische Würdigung und Erwägungen de lege ferenda.

III. KAPITEL

Betriebsübernahme und kollektives Arbeitsrecht

1. Betriebsrat als Institution,

2. Betriebsvereinbarung,

3. Tarifvertrag.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

AG	Arbeitgeber
AktG	Aktiengesetz
AN	Arbeitnehmer
AngKschG	Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten
Anm.	Anmerkung
AOG	Arbeitsordnungsgesetz
Art.	Artikel
AV	Arbeitsverhältnis
AVE	Entwurf eines Gesetzes über das AV, aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 1938
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BRG	Betriebsrätegesetz
BVG	Betriebsverfassungsgesetz
Gew.O.	Gewerbeordnung
Gew.G.	Gewerbegericht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
JZ	Juristenzeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien

KG	Kammergericht
KG	Kaufmannsgericht (in Verbindung mit Ortsangabe
KO	Konkursordnung
KRGes	Kontrollratsgesetz
KschG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MschG	Mieterschutzgesetz
MuschG	Mutterschutzgesetz
OAG	Oberstes Arbeitsgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
SBG	Schwerbeschädigtengesetz
Sp.	Spalte
TVG	Tarifvertragsgesetz
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

LITERATURVERZEICHNIS

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien:

Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 8	Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für deutsches Recht, Hamburg, 1938
BAUMBACH - HUECK	Aktiengesetz, Kurzkommentar, 9. Aufl., München-Berlin, 1956
BUEHRIG	Handbuch der Betriebsverfassung, Köln-Deutz, 1953
DIETZ	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. München,Berlin, 1955
DIETZ - NIKISCH	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, München-Berlin, 1954
DURAND	Traité de Droit du Travail, Band II, Paris, 1950
DUERINGER - HACHENBURG	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930
EHRENBERG	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig, 1913 ff
ENNECCERUS - LEHMANN	Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Tübingen, 1954
ENNECCERUS - NIPPERDEY	Allgemeine Teile des Bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., Tübingen, 1952 u. 1955
ERMANN	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster i.W., 1957

ESSER	Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe, 1949
FEIG - SITZLER	Das neue Arbeitsrecht, 1. Bd., Betriebsrätegesetz, 9. u. 10. Aufl., Berlin, 1922
FESTSCHRIFT	für HERSCHEL, 1955 für NIKISCH, 1958 für SCHMIDT - RIMPLER, 1957
FITTING - KRAEGELOH	Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Berlin - Frankfurt, 1953
FLATOW - KAHN - FREUND	Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin, 1931
GADOW - HEINICHEN - E.SCHMIDT W. SCHMIDT - WEIPERT	Aktiengesetz, Kommentar, Berlin, 1939
GALPERIN	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg, 1953
GALPERIN - SIEBERT	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg, 1958
O. v. GIERKE	Deutsches Privatrecht, in Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, hrsgg. von BINDING, 2. Abt., 3. Teil, Band III, Leipzig, 1917; Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887
GRELL	Der Betriebsinhaberwechsel, Dissertation, Köln, 1956
HAMANN	Kommentar zum Grundgesetz, Berlin - Neuwied, 1956
HERSCHEL	Arbeitsrecht, 11.-14. Aufl. 1955
HERSCHEL - STEINMANN	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., Heidelberg, 1955
HORRWITZ	Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, 2. Aufl., Berlin, 1905

HUBER	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1954
HUECK	Handbuch des Arbeitsrechts, Stuttgart, 1922 Deutsches Arbeitsrecht, Ein Grundriß, 2. Aufl., Stuttgart, 1944 Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., München - Berlin, 1955 Gesellschaftsrecht, Grundriß, 7. Aufl., München - Berlin, 1957 Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin, 1951
HUECK - NIPPERDEY	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Berlin - Frankfurt, 1955-59
HUECK - NIPPERDEY - DIETZ	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 4. Aufl., München - Berlin, 1943
HUECK - NIPPERDEY - TOPHOVEN	Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München - Berlin, 1955
G. HUECK	Die Betriebsvereinbarung, Münster - Köln, 1952
JACOBI	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Leipzig, 1926
KAPFER	Österr. Angestelltengesetz, Kommentar, 6. Aufl., Wien, 1953
KASKEL	Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1928
KASKEL - DERSCH	Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin, 1957
KESSLER	Die Uebertragung des Arbeitsverhältnisses, Dissertation, München, 1939
KLANG - GSCHNITZER	Kommentar zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien, 1954

LANDMANN - ROHMER - EYERMANN - FROEHLER	Gewerbsordnung, Kommentar, 11. Aufl., München - Berlin, 1956
LARENZ	Lehrbuch des Schuldrechts, 4. Aufl., 1960, München - Berlin
MANSFELD	Betriebsrätegesetz, Kommentar, 3. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig, 1932
MAUS	Das Recht des Arbeitsvertrages, Fortsetzungswerk in Loseblattform, Minden, 1947 Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, I. Bd., Das Arbeitsverhältnis, Schloss Bleckede a.d.Elbe, 1948, Handbuch des Arbeitsrechts, Systematische Erläuterung des deutschen Arbeitsrechts, Loseblattausgabe, Frankfurt, 1948 und 1955
MOLITOR	Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg, 1929 Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim, 1951
MOLITOR - HUECK - RIEZLER	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim, 1925
MONJAU	Betriebsverfassungsgesetz, Köln, 1952 Gesetz über die Beschäftigung von Schwerbeschädigten, Kommentar, Münster, 1954
NIKISCH	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Tübingen, 1955
OERTMANN	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin, 1923 Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1929

OPPIKOFER	Das Unternehmensrecht, Tübingen, 1927
OSER - SCHOENENBERGER	Schweizer Obligationenrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich, 1936
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., München - Berlin, 1957
PLANCK	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., Berlin, 1913 ff
POTTHOFF	Die sozialen Probleme des Betriebes, Berlin, 1925
RGR - Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsgg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Aufl., 1953
ROHLFING - KISKALT	Gewerbeordnung, Kommentar, Berlin - Frankfurt, 1953
ROHWER - KAHLMANN	Handkommentare des Sozialrechts, Bd. 1, Kündigungsschutzgesetz, 2. Aufl., Bremen 1953
RUEMELIN	Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen, 1905
SCHLEGELBERGER (GESSLER - HEFERMEHL - HILDEBRAND - SCHROEDER)	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl., Berlin - Frankfurt, 1955
SCHLEGELBERGER - QUASSOWSKI (HERBIG - GESSLER - HEFERMEHL)	Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl., Berlin - Frankfurt, 1939
SCHNORR v. CAROLSFELD	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen, 1954
SCHÖNKE - SCHRÖDER	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., München, 1957
SCHOLLMEYER	Das Recht der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin, 1904

SELLMANN - EVERMANN	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, Köln - Berlin, 1954
SIEBERT	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg, 1935
SOERGEL - SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band II, 8. Aufl., Stuttgart - Köln, 1952
STAUB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Berlin - Leipzig, 1933
STAUDINGER - NIPPERDEY	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 10. Aufl., München - Berlin, 1939
STAUDINGER - NIPPERDEY - MOHNEN	in Staudingers Kommentar, 11. Aufl., 1958
STEINBOEHMER	Die Funktionsnachfolge, Dissertation, Göttingen, 1957
STEMMER	Der Arbeitgeberwechsel und seine Rechtsfolgen, Dissertation, Leipzig, 1927
v. TUHR	Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Leipzig, 1910
WILRODT - GOTZEN	Schwerbeschädigtengesetz, Kommentar, München - Berlin, 1953
WUERDINGER	Reichsgerichtsrätekommentar zum Handelsgesetzbuch 3. Aufl., Berlin, 1953
ZIGAN	Schwerbeschädigtengesetz, Kommentar, Heidelberg, 1953

II. Zeitschriften und Sammelwerke (mit Abkürzungen)

AcP	Archiv für zivilistische Praxis
AR - Blattei	Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschaftspraxis, Forkel-Verlag, Stuttgart, (Arbeitsrechtlicher Teil)
ArbR Prax	arbeitsrechtliche Praxis
Arb. u. R.	Arbeit und Recht
Betr.	Der Betrieb
BB	Der Betriebsberater
BABl	Bundesarbeitsblatt
BlfStR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht.
DAR	Deutsches Arbeitsrecht
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
IHERING J (bzw. Dogm. J.)	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MuA	Mensch und Arbeit
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
Soz. Prax.	Soziale Praxis
SchliW	Das Schlichtungswesen
ZAK DR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht

III. Entscheidungssammlungen

ARSlg	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (fr. Bensheimer Sammlung)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit
JFA	Informationsdienst für Arbeitgeber über Arbeitsrecht und Sozialpolitik
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SAG	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Bundesvereinigung der AG-V.)
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung

E I N L E I T U N G

Problemstellung, Bestimmung und Abgrenzung des Themas, Entwicklung des Begriffs.

Schon seit langem haben sich Rechtsprechung und Rechtslehre mit den bei einem Wechsel des Betriebsinhabers auftauchenden arbeitsrechtlichen Problemen beschäftigt. Besondere Schwierigkeiten ergab die gleiche Problemstellung, und zwar unter vielen bisher unvorhergesehenen, neuartigen Gesichtspunkten, als durch den politischen und wirtschaftlichen Zusammenbruch des Deutschen Reiches nach dem 2. Weltkrieg eine Vielzahl von Betrieben in der privaten Wirtschaft und der öffentlichen Hand sowie von Behörden grundlegende, strukturelle und personelle Veränderungen erfuhren, bei denen es sich immer wieder als fraglich erwies, wie sich hierdurch die rechtlichen Beziehungen der bisher darin beschäftigten Arbeitnehmer gestalteten. So wurden beispielsweise Betriebe des Deutschen Reiches, eines Landes oder einer aufgelösten Organisation (z.B. Deutsches Rotes Kreuz, Gauwirtschaftskammern, Wirtschaftsgruppen u.a.) von neuen, mitunter eigens zu diesem Zweck neu gegründeten Körperschaften, Stiftungen und anderen Organisationen übernommen. Anstelle der bisherigen Länder, die neugebildet (Südweststaat) oder aufgelöst wurden (Preussen), traten neu abgegrenzte Länder, die ihrerseits Teile der bisherigen Behördenorganisationen übernahmen. Angesichts der Trennung Deutschlands in Ost und West wurden Betriebe in den Westen verlagert; Ostbetriebe wurden enteignet. Andere Betriebe wurden im Zuge der politischen Wiedergutmachung rückerstattet.

Es waren also meist ungewöhnliche Vorgänge, bei denen, nicht wie bisher meist üblich, durch entsprechenden Übernahmevertrag Betriebe von einer Hand in die andere

übergingen, sondern auch Betriebe "originär" übernommen und weitergeführt wurden. Die Rechtsprechung sah sich infolgedessen vor völlig neue Probleme gestellt und hat auf verschiedene Weise, unterstützt durch die Wissenschaft, diese zu meistern versucht.

Die vorliegende Arbeit hat es sich daher zur Aufgabe gestellt, die tatsächlichen komplizierten Vorgänge, die sich erst im wesentlichen nach dem 2. Weltkrieg in besonders ausgeprägter Form gezeigt haben, rechtlich zu durchleuchten. Als Hauptproblem ergibt sich dabei die Frage, wie sich die gesamten Rechtsverhältnisse der bisherigen Arbeitnehmer zu dem Erwerber des Betriebes gestalten. Damit sind zwangsläufig die beiden wesentlichen Probleme verknüpft, ob und in welcher Weise der neue Betriebsinhaber in Rechtsbeziehungen zu diesen Arbeitnehmern tritt sowie ferner, ob und inwieweit die mit der Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer beim bisherigen Inhaber verbundene Rechte auch beim Erwerber erhalten bleiben.

Dabei wird entsprechend der im Arbeitsrecht bestehenden Rechtssystematik die Fragestellung für das Einzelvertragsrecht und das kollektive Arbeitsrecht gesondert behandelt.

Um die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Hauptprobleme rechtsdogmatisch und auch rechtspolitisch zu betrachten, bedarf es keines Eingehens auf solche Einzelheiten, die für generelle Schlußfolgerungen nicht von wesentlicher Bedeutung sind und gewissermaßen Nebenprobleme darstellen. Dies würde den Umfang des gestellten Rahmens sprengen und unter Umständen geeignet

sein, die einheitliche Konzeption der Arbeit zu beeinträchtigen. Hierzu gehört z.B. die Frage, wie eine vom bisherigen Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung vom Gesichtspunkt des Kündigungsschutzes aus zu behandeln ist, oder ob bzw. unter welchen Umständen eine Kündigung aus wichtigem Grunde in diesem Zusammenhang erfolgen kann. Auch bezieht sich die Fragestellung der vorliegenden Arbeit lediglich auf den Bereich von Betrieben des privaten Rechts und behandelt bewußt nicht die Problematik, die sich für Träger von Hoheitsfunktionen aus der staatsrechtlichen Neuordnung in Deutschland ergeben hat. Um ein möglich umfassendes Bild über die wesentlichen Fragen zu gewinnen, wird bei Einzelproblemen von besonderer Bedeutung rechtsvergleichend darauf hingewiesen, wie diese bei einigen ausländischen Rechtssystemen ihre Lösung gefunden haben.

Für die Erfassung der geschilderten Vorgänge hat sich in letzter Zeit in der Rechtsterminologie der als Thema dieser Arbeit gewählte Begriff "Betriebsübernahme" herausgebildet. Zum besseren Verständnis der Entwicklung erscheint es notwendig, bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß dieser Begriff, den neuerdings auch das BAG [1] als "arbeitsrechtlich bedeutsam" anerkennt, seinen Ursprung in der seit 1927 ständigen Rechtsprechung des RAG [2] zu § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9/7/1926 hat. Hiernach

---

Anm.:

1) Urt. 26/5/55 - 2 AZR 38/54 -, AP Nr. 1 zu § 613 BGB

2) beginnend mit dem Urt. vom 26/10/27 in ARSlg. 1/17

ist der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff der "Rechtsnachfolge", die eine Anrechnungspflicht der beim "Rechtsvorgänger" verbrachten Dienstjahre für die Verlängerung der Kündigungsfristen von Angestellten beim "Rechtsnachfolger" zur Folge hat, nicht nur für Fälle des abgeleiteten Erwerbs, sondern "in der neuen Gesetzessprache auch im erweiterten Sinne zu gebrauchen." Einzelheiten hierüber werden noch im Verlauf der Arbeit zu behandeln sein. Jedenfalls sei bereits hier vorweggenommen, daß es das RAG für die Auslegung des Begriffs der "Rechtsnachfolge" in diesem Sinne allein auf das Tatsächliche abgestellt und als ausschlaggebend erfordert, daß ein Angestellter im gleichen Betrieb weiterarbeitet, und daß dieser Betrieb als Fortsetzung des alten Betriebes anzusehen ist. Es kommt also nicht darauf an, welcher Rechtsgrund der Übernahme des Betriebes und der bisherigen Arbeitnehmer zugrundeliegt. Das wesentliche Kriterium ist mithin "die Fortsetzung des alten Betriebes". Für diesen Sachverhalt hat das RAG ursprünglich keinen neuen Begriff geprägt, sondern sich darauf beschränkt, diesen Vorgang als "Rechtsnachfolge im Sinne des § 2 Angestellten-Kündigungsschutzgesetz" zu bezeichnen.

Hueck [3] spricht einmal in diesem Zusammenhang von "Rechtsnachfolge in die Betriebsinhaberschaft" und setzt diesen Begriff in Gegensatz zur "Rechtsnachfolge in das Arbeitsverhältnis". Das RAG hat in einem Fall diesen von Hueck geprägten Terminus

---

Anm.:

3) Bespr. d. Urt. LAG Hamburg, ARSlg. 1/19 (LAG)

übernommen [4], hat aber in der Folgezeit den Begriff "Rechtsnachfolge im Betrieb" verwendet [5], während in einem Urteil [6] auch von "wirtschaftlicher Rechtsnachfolge" die Rede ist. Diese Begriffe scheinen rechtsterminologisch wenig glücklich gewählt und insbesondere angesichts der Betonung des Wortes "Rechtsnachfolge" - die jedoch keine Rechtsnachfolge als inhaltlich bestimmte Rechtsinstitution, vielmehr, wie angedeutet, lediglich eine Nachfolge in den Betriebsorganismus bedeutet - bereits in sich widerspruchsvoll.

Erst nach dem 2. Weltkrieg haben sich in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die Begriffe "Betriebsnachfolge" und "Betriebsübernahme" eingebürgert. Dabei tritt der Ausdruck "Betriebsnachfolge" häufiger in Erscheinung [7], während der Begriff "Betriebsübernahme" nur von einem Teil der Rechtsprechung [8], insbesondere vom BAG [9] und im Schrifttum lediglich von G. Hueck [10], Lehmann [11] und Bogs [12] verwendet wird, während

---

Anm.:

4) Urt. 27/11/29 - RAG 289/29, ARSlg 7/395

5) Urt. 29/9/34 - RAG 68/34, ARSlg. 22/77
RAG 85/34
6/9/39 - RAG 33/39, ARSlg. 37/126

6) Urt. 4/8/37 - RAG 11/37, ARSlg. 30/285

7) vgl. z.B. Galperin, BB 52/332, Beitzke BB 50/279, Enneccerus-Nipperdey I/332, Hörnig Rd A 55/134, Kauffmann Betr. 50/279, Möhring BB 54/632, Reinhardt NJW 52/441, Grell 120, BGHZ 31/1/55 BB 55/302; ferner die meisten LAG: Bremen 7/9/49 (AP 50/16), Frankfurt 15/351 (BB 51/420), Hamburg 30/11/54 (ARSt XIV/11), München 19/10/51 (ARSt IX/390), Stuttgart 31/10/53 Betr. 54/436

8) LAG Frankfurt 12/4/50 (BB 50/479), Heidelberg 4/11/50 (NJW 50/560), Berlin 15/2/52 (RdA 52/194)

9) a.a.O.

10) AP 53/2+2

11) NJW 55/643

12) RdA 49/200

Hueck [13] keinen besonderen Terminus prägt, sondern nur vom "Wechsel des Betriebsinhabers" und von "Betriebsübertragung" spricht.

Da durch die Verwendung eines Begriffes wie "Rechtsnachfolge in den Betrieb" oder "Betriebsnachfolge" unter Umständen der Eindruck entstehen könnte, es liege ein außerhalb des Gesetzes neu geschaffenes, besonderes Rechtsinstitut vor, dürfte ein rechtlich neutraler Begriff wie der der "Betriebsübernahme" den Vorzug verdienen, dies umso mehr als er weit gefaßt und darin auch gleichzeitig der Tatbestand des bereits erwähnten "originären" Betriebserwerbs miteinbegriffen ist.

Anm.:

13) BB 51/365; in Hueck-Nipperdey I/465, (ebenso I/182 Voraufl.)

I. KAPITEL

DER BETRIEB ALS GEGENSTAND DER BETRIEBSÜBERNAHME

Da die vorliegende Arbeit sich zur Aufgabe gemacht hat, die sich bei Übernahme eines Betriebes ergebenden arbeitsrechtlichen Probleme zu untersuchen, erscheint es angebracht, zunächst den Betrieb als Objekt dieser Übernahme in seiner rechtlichen Wesensart festzulegen. Wie bereits angedeutet, und wie noch im II. Kapitel unter Nr. 4 im einzelnen auszuführen sein wird, ist die Klärung dieses Begriffs insofern bedeutungsvoll, als es insbesondere bei der Frage, ob mit der Betriebszugehörigkeit verbundene Rechte und Anwartschaften beim Wechsel des Betriebsinhabers erhalten bleiben, entscheidend darauf ankommt, ob der übernommene Betrieb mit dem des bisherigen Inhabers identisch ist. Wie sich aus den weiteren Erörterungen noch ergeben wird, ist das Identitätsproblem darüber hinaus für die gesamte Fragestellung, die in dieser Arbeit zu behandeln sein wird, von wesentlicher Bedeutung. Die Lösung des Identitätsproblems kann jedoch nur dann erfolgen, nachdem zuvor die Begriffsbestimmung des Betriebes festgelegt ist.

1. Begriffsbestimmung

Dem Gesetz ist eine Begriffsbestimmung des Betriebes unbekannt, sie wird vielmehr als bekannt vorausgesetzt. Verschiedentlich ist eine derartige Festlegung erwogen worden. So war ursprünglich

in dem Regierungsentwurf zum BVG ein Betriebsbegriff enthalten [14]. Schon vorher war im BRG 1920 sowie in den bisher geltenden Betriebsrätegesetzen auf Länderebene eine Legaldefinition nicht gegeben worden [15]. Auch später glaubte der Gesetzgeber beim endgültigen Erlaß des BVG auf dem von Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Begriff "aufbauen" zu können. [16]

Es erscheint in der Tat kaum erforderlich, insbesondere nicht zweckmäßig, den Betriebsbegriff in ein Gesetz einzubeziehen. Eine gesetzliche Definition würde vielmehr insofern einen Stillstand

---

Anm.:

14) § 3: "Betrieb im Sinne des Gesetzes ist der Arbeitsverband von AG und AN, der mit Hilfe von Arbeitsmitteln bei räumlicher Zusammenfassung bestimmte nicht hoheitliche Aufgaben fortgesetzt verfolgt." (R.d.A. 1950/343) (ebenso der saarl. Referentenentwurf (nicht veröffentlicht) unter Streichung des Wortes "nicht hoheitliche".)

15) mit Ausnahme des Bay. BR - Gesetzes vom 25/10/50, § 6 I: "Betrieb im Sinne dieses Gesetzes ist jede auf räumliche Einheit beruhende Sammlung von AN zur fortgesetzten Erzielung von Arbeitsergebnissen ohne Rücksicht darauf, ob der Betrieb wirtschaftlichen oder anderen Zwecken dient", eine Definition, welche Nikisch (Voraufl. S. 70) mit Recht als "nicht geglückt" bezeichnet.

16) vgl. Bericht des Abgeordneten Anton Sabel, damaliger Vorsitzender des Ausschusses für Arbeit des Bundestages, RdA 52/282 2. Spalte a.E.

bedeuten, als der Begriff "Betrieb", als allein der Verkehrsanschauung unterliegend, auch zeitgemäßen Wandlungen unterworfen sein kann. Es muß daher weiterhin Aufgabe der Wissenschaft und Rechtsprechung bleiben, diesen Begriff zu klären und gegebenenfalls fortzuentwickeln.

Der Betrieb setzt sich aus den verschiedenartigsten Bestandteilen zusammen. Auf der einen Seite gehören dazu Sachen (Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Erzeugungs- und Beförderungsmittel, Rohstoffe und Halbfabrikate, Büro- und Ladeneinrichtungen usw.) sowie Rechte (Forderungen, Patente, Schutzrechte, insbesondere Markenschutzrechte usw.) und immaterielle Mittel wie Betriebsgeheimnisse, Werbemittel, Erfahrungen, Verbindungen mit Kundschaft und Lieferanten und dergl. Auf der anderen Seite gehören insbesondere menschliche Arbeitskräfte zum Betrieb. Begriffsnotwendig ist dies zwar nicht [17]; denn es gibt auch den "Alleinbetrieb", z.B. wenn ein Handwerker seine Werkstatt allein betreibt, ein Transportunternehmer gleichzeitig auch Fahrer ist, oder der Inhaber eines kleinen Einzelhandelsgeschäftes ohne fremde Hilfskräfte auskommt. Arbeitsrechtlich sind derartige Betriebe jedoch natürlich nicht von Interesse.

Diese Bestandteile bilden, als solche nebeneinander gestellt, noch keinen Betrieb, sondern erst dann, wenn sie vom Betriebsinhaber zur Erreichung

---

Anm.:

17) a.A. Flatow, Mansfeld, Feig-Sitzler zu § 9 BRG sowie jetzt Galperin BVG, Anm. 27 zu § 1

eines bestimmten Zwecks - dem sog. "arbeitstechnischen" Zweck - für eine gewisse Dauer organisatorisch zusammengefaßt werden.

Die herrschene Lehre hat in Erkenntnis dieser Wesenserfordernisse den Begriff des Betriebes wie folgt festgelegt:

"Der Betrieb ist eine Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zwecks".

Diese sog. klassische Definition wurde von Jacobi [18] entwickelt und hat weitgehend in Rechtslehre und Rechtsprechung Anerkennung gefunden [19].

Hueck [20] hat hiergegen mit Recht eingewendet, obwohl dieser Begriff zwar sachlich richtig sei,

---

Anm.:

18) Grundlehren S. 9, 286

19) Mansfeld, Anm. 2 § 9; Flatow - Kahn - Freund § 9 I a; Hueck, Grundriß S. 51; Hueck-Nipperdey, Voraufl. I S. 78; Molitor, AN und Betrieb S. 30; Dersch, ABlattei "Betrieb (Begriff)" I, 1; Monjau, BVG, S. 20; Herschel-Steinmann, KschG, Anm. 27 zu § 1; Maus, Das Arbeitsverhältnis S. 118; Rohwer-Kahlmann, KschG § 1, S. 41; Galperin BVG, Anm.4 zu § 1; Galperin-Siebert, Anm. 4 zu § 1: "Arbeitstechnisch organisierte Einheit menschlicher und dinglischer Funktionsträger." RAG, ARSlg 30/323,326; 36/385; LAG Freiburg v. 9/11/51, Betr. 1952/124; Heidelberg 2/7/49, AP 50/264; Kiel 24/11/49 AP 50/181; Hamm 19/12/51, AP 52/163; Düsseldorf 10/12/53, Betr. 54/215; BAG 13/1/54 - 1 ABR 7/54 - BB 55/65

20) Hueck-Nipperdey I / S. 81

widerspreche es doch der heutigen Auffassung, die persönlichen Arbeitskräfte mit den sonstigen Bestandteilen des Betriebes gleichzusetzen. Auch Grell [21] betont in diesem Zusammenhang, der Wert der menschlichen Arbeitskraft werde "nicht ausreichend gewürdigt". Die von Hueck vorgeschlagene, dem Beratungsergebnis des Arbeitsrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht entlehnte Definition:

> "Der Betrieb ist die organische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt"

dürfte daher den Vorzug verdienen [22].

Während sich einerseits Bestandteile eines Unternehmens und eines Betriebes entsprechen können - sieht man dabei einmal von den bei einem Unternehmen in aller Regel hinzukommenden Außenwirkungen ab - so dient auf der anderen Seite der Zweck des Unternehmens nicht dem unmittelbaren Erfolg der Arbeit, sondern dem ent-

---

Anm.:

21) S. 9

22) Ebenso Grell, S. 10; ähnlich Nikisch (Vorauf l.) S. 70; Dietz, BVG Anm. 36 zu § 1; Fitting - Kraegeloh, BVG Anm. 1 zu § 3; BAG 28/12/56 - 2 AZR - BB 57/113; LAG Stuttgart 4/4/51, AP 52/274 stellt irrigerweise auf technisch - wirtschaftliche Zielsetzung ab.

fernteren, nämlich dem wirtschaftlichen Zweck, um dessentwillen die Arbeit geleistet wird. Der Zweck der Unternehmertätigkeit kann auch ideeller Art sein (z.B. Krankenhaus).

Vielfach deckt sich der Umfang des Unternehmens mit dem eines Betriebes. Ein Unternehmen kann aber auch mehrere Betriebe umfassen, d.h. sie nach einem einheitlichen Zweck kaufmännisch oder technisch zusammenfassen, während das Gegenteil nicht möglich ist. Auch ein eventueller Hinweis auf das Beispiel, daß sich mehrere Unternehmen zusammenfinden, um etwa im Ausland eine Ausstellungs- oder Verkaufsstätte oder Werbezentrale zu unterhalten, vermag diese Feststellung nicht zu berühren; denn falls es sich lediglich um ausländische Betriebe verschiedener Unternehmen handelt, so werden diese doch von den Unternehmen kaufmännisch bzw. organisatorisch zusammengefaßt, aber umgekehrt wirken diese Betriebe von sich aus nicht auf die Unternehmen ein.

Vielfach hat in der Praxis ein Unternehmer mehrere technisch selbständige Betriebe kaufmännisch miteinander verbunden, um damit das übergeordnete wirtschaftliche Ziel zu verfolgen. Diese kaufmännische oder verwaltungsmäßige organische Zusammenfassung ist aber auch wesensnotwendig. Wenn beispielsweise selbst Produktionsbetriebe derselben Branche dem gleichen Unternehmer gehören, kann man dann nicht von einem einheitlichen Unternehmen reden, wenn sie ohne Beziehung zueinander betrieben werden, sondern nur von getrennten

Unternehmungen. Dagegen können Fabriken auch verschiedenartiger Produktionszugehörigkeit durchaus ein Unternehmen darstellen, wenn sie organisch zusammengefaßt sind. Der der Praxis geläufigste Fall ist der eines Montanunternehmens, welches sich aus Zechen, Hüttenwerken, Walzwerken und mitunter auch aus Werken, die weitgehend in die Weiterverarbeitung hineinreichen (Draht-, Röhrenwerke usw.), zusammensetzt. Nach der Erörterung dieser Voraussetzungen kann ein Unternehmen definiert werden als "organische Einheit, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder ideellen Zweck, dem ein Betrieb oder mehrere organisch verbundene Betriebe desselben Unternehmers dienen" [23].

Anm.:

23) Hueck-Nipperdey a.a.O.
vgl. Nikisch, Voraufl. S. 75; Dietz, BVG Anm. 32 zu § 1; Herschel, Soz. Prax. 1939 Sp. 905 ff; Kretschmar BB 52/861; BAG, Beschl. vom 3/2/54 - 1 ABR 7/54 - BB 55/65

2. Identität des übernommenen Betriebes mit dem des bisherigen Inhabers

§ 2 AngKSchG bestimmt, daß "im Falle einer Rechtsnachfolge" auch die beim "Rechtsvorgänger" abgeleistete Dienstzeit vom gegenwärtigen AG für die Berechnung der Gesamtbeschäftigungsdauer in Ansatz zu bringen ist, um den Angestellten in den Genuß der nach diesen Bestimmungen festgelegten längeren Kündigungsfristen gelangen zu lassen. Wie bereits angedeutet, hat das RAG in ständiger Rechtsprechung [24] in erweiterter Auslegung des Begriffs "Rechtsnachfolge" entsprechend der ratio dieses Gesetzes den Standpunkt vertreten, das entscheidende Kriterium sei hierbei die Dauer der Beschäftigung "in ein und demselben Betrieb". In diesem Sinne sei "Rechtsnachfolge" gegeben, wenn "ein Unternehmer den Betrieb eines anderen, in welcher Rechtsform es auch sei, ohne wesentliche Änderung des Geschäftszwecks fortführt". Auf die "Kontinuität des wirtschaftlichen Betriebsorganismus" [25] komme es entscheidend an. Der Begriff "Betrieb" sei dabei in "wirtschaftlichem Sinne" zu verstehen; es müsse die "wirtschaftliche Identität" geprüft werden [26].

Anm.:

24) RAG in ARSlg 1/14; 5/113; 5/347; 7/395; 9/226.

25) so RAG in ARSlg 2/71

26) so RAG in ARSlg 9/226.

Im Hinblick auf die von keiner Seite bestrittene und auch durchaus überzeugende Rechtsprechung ist daher, bevor entschieden werden kann, ob gewisse sich aus der Betriebszugehörigkeit ergebenden Rechte und Anwartschaften aufrechterhalten bleiben, zunächst zu untersuchen, ob der fortgeführte Betrieb mit dem des bisherigen Betriebsinhabers identisch, bzw. ob der übernommene Betrieb noch als die Fortsetzung des alten oder als "neuer" Betrieb anzusehen ist. Ob dies zutrifft, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, und diese Entscheidung liegt allein auf tatsächlichem Gebiet. Hierbei muß für die Gesamtbeurteilung als Ausgangspunkt die vernünftige Verkehrsanschauung maßgebend sein [27]. Angesichts der Vielgestaltigkeit, die sich bei Übernahme von Betrieben ergeben, läßt sich diese Frage naturgemäß nicht immer eindeutig beantworten. Nach den im wesentlichen drei Elementen, aus denen sich ein Betrieb wesensnotwendig zusammensetzt, müßten, rein theoretisch betrachtet, in jedem Falle auch bei Übernahme diese drei Elemente vollkommen übereinstimmen. Eine solche Beurteilung wäre jedoch lebensfremd und würde insbesondere zu sozial unbilligen Ergebnissen führen. Ein derartiges Prinzip anzuwenden, würde nämlich bedeuten, daß, falls beispielsweise in einem extrem gelagerten Fall nur ein Gebäude mit einigen Anlagen und Maschinen nicht mitübernommen würde, die übernommenen AN des Betriebes auf diese Weise ihrer aufgrund längerer Betriebs-

---

Anm.:

27) RAG in ARSlg 6/331; Nikisch in Anm. AP 50/16

zugehörigkeit erworbenen Rechte oder Anwartschaften verlustig gingen. Mit Recht betont Galperin [28], eine solche "mathematische Kongruenz" könne nicht gefordert werden. Als geeignetes Kriterium muß daher stets, von der vernünftigen Verkehrsanschauung ausgehend, darauf abgestellt werden, ob ein Betrieb bei Übernahme "im ganzen genommen" [29], oder "im großen und ganzen" [30] als Fortführung des alten angesehen werden kann. Demnach ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob der bisherige Betriebszweck, also der "arbeitstechnische Zweck" als wesentliches Merkmal des Betriebsbegriffs beibehalten ist [31]. Dabei wird sogleich problematisch, ob in dieser Hinsicht die Beibehaltung der Produktion gleicher Gattung - z.B. Metall- und Holzverarbeitung - bereits ausreichend ist, oder ob in der Hauptsache die weitere Herstellung des gleichen Produkts gefordert werden muß. Dieses spezielle Problem hat gerade in der Nachkriegszeit insofern an Bedeutung gewonnen, als frühere Rüstungsbetriebe nach dem Zusammenbruch sich gezwungen sahen, auf andersartige Friedensproduktion überzugehen. Insbesondere für Heimkehrer stellte es sich dabei als Existenzfrage, ob ihr früherer Betrieb noch mit dem jetzigen als identisch anzusehen war. Aus verständlichen Gründen hat daher die Rechtsprechung teilweise zu einer

---

Anm.:

28) BB 52/322

29) so LAG Frankfurt in ARSlg 1/386

30) so RAG in ARSlg 13/313

31) RAG in ARSlg 9/226

möglichst weiten Auslegung geneigt [32]. Ein anderer Teil der Rechtsprechung ist jedoch nicht so weit gegangen. Auch das RAG verlangt in engerem Sinne die Beibehaltung des Produktionszweckes [33]. In seiner Entscheidung vom 3/7/1928 [34] hat es sich besonders eingehend mit dieser Frage befaßt. In diesem Fall war eine Porzellanfabrik von ihrer ursprünglichen Fabrikation von Elektroporzellan auf die Produktion von Geschirr- und Luxusporzellan übergegangen. Mit überzeugender Begründung weist das RAG darauf hin, daß infolge dieser Umstellung ganze Betriebsabteilungen hätten aufgegeben, neue (Gießerei, Malerei) hätten eingerichtet, und demgemäß auch ein anderer Personalbestand hätte geschaffen werden müssen. Bei derart technischen anderen Anforderungen und infolge des völlig neuen

---

Anm.:

32) so LAG Frankfurt 12/4/50, BB 50/479, bei vollkommener Produktionsumstellung: Herstellung von Draht- Blechkartoffelkörben, Hühnerställen und zuletzt hydraulichen Pressen anstelle von Gütern der Rüstung. - Identität wurde im wesentlichen damit begründet und damit Heimkehreranspruch bejaht, daß der neue Betrieb auf den Erfahrungen des alten aufbaue; es sei ein "echter Wiederaufbau" in die Wege geleitet worden. - im Gegensatz zu LAG München 20/12/49, BB 51/418 (Fall Messerschmitt) welches die Identität des Produktionszwecks im engeren Sinne als "immer entscheidend" ansieht.

33) RAG in ARSlg 15/113 und 347; 16/108; 30/287

34) in ARSlg 6/331

Kundenkreises könne nur von einem neuen Betrieb die Rede sein [35]. Dieses Ergebnis scheint nicht nur in vollem Umfang der Verkehrsauffassung zu entsprechen, sondern steht auch durchaus mit der Begriffsbestimmung des Betriebes im Einklang, nach welcher der "arbeitstechnische Zweck" einen wesentlichen Faktor darstellt. Der Auffassung von Denecke [36], der sich unter Berufung auf das Urteil des LAG Frankfurt vom 12/4/50 [37], dessen weitgehende Auffassung zu eigen macht, kann daher nicht gefolgt werden. Seine Begründung, derartige Änderungen kämen auch ohne Betriebsinhaberwechsel bei Konjunkturwandlungen häufig vor, geht an dem Kern des Problems vorbei; denn auch ohne Inhaberwechsel kann sich der Betriebszweck durchaus ändern und dieser Betrieb von der Verkehrsanschauung nicht mehr als derselbe angesehen werden. (Beispiel: Infolge Auftragsmangels wird Lok-Bau eingestellt; statt dessen werden landwirtschaftliche Maschinen hergestellt). Soweit Denecke allerdings zusätzlich fordert, daß wesentliche Bestandteile des Rüstungswerkes bestehen bleiben und die alte Belegschaft zum größten Teil beibehalten wird, kann man u.U. je nach Lage des Einzelfalles seinen Standpunkt durchaus billigen: Wenn beispielsweise Lichtanlagen, die bisher nur für militärische Zwecke (Panzer) Verwendung fanden, nunmehr für zivile Kraftwagen hergestellt werden; denn in einem derartigen Falle

---

Anm.:

35) so auch Galperin BB 52/322

36) BB 50/875; offenbar ebenso Beitzke, BB 50/761

37) a.a.O.

würde der bisherige arbeitstechnische Zweck - Herstellung von Lichtanlagen - derselbe bleiben, während sich lediglich der wirtschaftliche Zweck - Lieferung an Private anstelle von militärischen Dienststellen - ändern würde. Das gleiche ist anzunehmen bei Druckereien, bei denen nur ein ziviler Auftraggeber an die Stelle des militärischen tritt. Zu derselben Annahme gelangt man, wenn beispielsweise eine Druckerei oder Verlag infolge politischer Umwälzung seine Richtung wechselt [38].

Dagegen kann man nicht mehr von einer Fortsetzung des bisherigen arbeitstechnischen Zwecks sprechen, wenn der Betrieb - etwa aus Konkurrenzgründen erworben und - stillgelegt wird, und von diesem Betrieb noch die letzten Arbeitsgänge (Verzinnen, Vernickeln, Polieren) der Fertigung übrig geblieben sind. Hier ist im wesentlichen die alte Fabrikation aufgegeben und nur ein kleiner Ausschnitt des ursprünglichen Gesamtprogramms der Fertigung, das nunmehr in den übrigen Betrieben des Erwerbers durchgeführt wird, aufrechterhalten. [39] Denecke [40] empfiehlt in diesem Zusammenhang als

---

Anm.:

38) so RAG in ARSlg 23/127 m. zust. Anm. v. Hueck, u. 30/285: "da das neue Unternehmen, das in der Herausgabe einer Wochenzeitschrift gelegene technisch-wirtschaftliche Ziel des alten in gleicher Weise verfolgt".

39) RAG in ARSlg 16/109

40) BB 50/875

Kriterium, man solle vom Wechsel des Betriebsinhabers absehen und prüfen, ob der gleiche Betriebsinhaber - ohne sich von seinem Betrieb zu trennen - in concreto die notwendige Umstellung in der Weise hätte durchführen können, daß der alte Betrieb gänzlich eingestellt und ein neuer hätte begründet werden müssen, oder ob diese Umstellung unter Fortführung des Betriebes, wenn auch mit erheblicher Änderung hinsichtlich der sächlichen Mittel und Personen hätte durchgeführt werden können. Dieses Kriterium mag zwar in einer großen Anzahl von Fällen zur Lösung dieses Problems geeignet erscheinen, muß aber in solchen Fällen versagen, wenn beispielsweise - wie vielfach in der Automobilindustrie - vor Aufnahme der Produktion eines völlig neuen Modells oder in einem Walzwerk modernster Konstruktion, also bei reiner Produktionsumstellung zwecks Fertigung desselben Produkts, mitunter eine totale oder teilweise Betriebseinstellung von nicht unerheblicher Dauer technisch unumgänglich notwendig ist. Einer "natürlichen Betrachtungsweise"[41] dürfte als Kriterium doch wohl in jedem Falle der Vorzug zu geben sein.

Erhebliche Schwierigkeiten hat der Rechtsprechung die Behandlung analoger Fragen bei politisch bedingten Umstellungen von Verbänden und Organisationen bereitet. Das RAG hatte bereits die Iden-

---

Anm.:

41) LAG Frankfurt 18/2/50, S AG 52/ No. 59

tität der Organisationen der alten Gewerkschaften vor 1933 und der DAF zu prüfen gehabt und hat dabei trotz erheblicher Bedenken im Schrifttum [42] die Identität bei Anwendung von § 2 Ang.KSchG. bejaht [43]. Es hat dabei als ausschlaggebend den Umstand angesehen, daß der Zweck zu einem wesentlichen Teil der gleiche geblieben sei, nämlich durch straffe Zusammenfassung der AN und durch die Sorge für ihre arbeitsrechtlichen Belange das Wohl der Mitglieder zu fördern. Trotz aller Gegensätzlichkeiten der inneren Einstellung und Gesinnung sei die Beibehaltung desselben Zwecks festzustellen. Das Abstellen auf dieses Kriterium wird nicht nur am ehesten den Belangen der AN gerecht, sondern trifft gleichzeitig insofern den Betriebsbegriff, als dessen Kern "der arbeitstechnische Zweck" hier die Beibehaltung des Tätigkeitszwecks anzusehen ist. Von welcher politischen oder weltanschaulichen Ausrichtung aus diese allerdings ideel gebundene Zielsetzung organisatorisch realisiert wird, muß bei Beantwortung der Frage nach der Identität unberücksichtigt bleiben. Das gleiche hat dann aber auch grundsätzlich für die Verbände und Organisationen zu gelten, die im Zuge des politischen Zusammenbruchs nach 1945 nicht mehr bestehen, deren wesentliche Aufgabenstellung von neuen Verbänden

---

Anm.:

42) vgl. Nipperdey in Anm. zu RAG in ARSlg 20/102

43) RAG in ARSlg 20/102; 21/72; 22/77; 23/160

und Organisationen übernommen wurde. Dies ist insbesondere bei den früheren Wirtschaftsgruppen und Gauwirtschaftskammern auf der einen Seite und den Wirtschaftsverbänden neuen Rechts und den Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Landwirtschaftskammern, Ärzte- und Rechtsanwaltskammern auf der anderen Seite aktuell geworden. Das gleiche Problem stellt sich z.B. auch bei Organisationen des Deutschen Roten Kreuzes nach 1945.

O. Möhring[44], der unter Berufung auf Reuss [45], welcher seinerseits das Identitätsproblem selbst im einzelnen nicht eingehend erörtert, die Identität in derartigen Fällen verneint und dabei insbesondere auf völlig andersgeartete Struktur der alten und neuen Verbände hinweist sowei ferner darauf, daß alte Organisationen teilweise trotz Einstellens ihrer Tätigkeit rechtlich noch fortbestünden, kann somit nicht gefolgt werden, wenn man sich die zu billigende Auffassung des RAG zu eigen macht. Auch Möhrings Hinweis auf das rechtliche Weiterbestehen der alten Organisation vermag dieses Ergebnis nicht in Frage zu stellen. Das Problem der Rechtsform ist vom Recht der Organisationen, übertragen auf die Unternehmens- bzw. Betriebssphäre, ausschließlich auf der Ebene des Unternehmens zu suchen, während

---

Anm.:

44) BB 54/634

45) BB 49/276, 577; LAG Frankfurt vom 16/12/48, RdA 49/276

die Frage nach dem Fortbestand eines Betriebes allein auf rein tatsächlichem Gebiet liegt. Mag also die Organisation als solche - wie im Jahre 1933 die Gewerkschaften - aufgelöst worden, d.h. deren rechtlicher Bestand entfallen sein, oder mag die alte Organisationsform lediglich rechtlich noch weiterbestehen, in beiden Fällen wird die bisherige Aufgabenstellung von den neuen Verbänden zugunsten des im wesentlichen gleichen Personenkreises effektiv wahrgenommen. Dies reicht jedenfalls aus, wenn nur der alte "Betriebszweck" bzw. hier der bisherige "Tätigkeitszweck" (Aufgabenstellung) im Sinne der Rechtsprechung des RAG erhalten bleibt [46].

Auch die heutigen Wirtschaftsverbände vertreten wie ihre "Vorgänger" weiterhin die Interessen ihrer Mitgliedsfirmen. Sie weisen darüberhinaus im wesentlichen meist die gleiche Mitgliederzusammensetzung auf. Auch die Industrie- und Handelskammern haben in der Hauptsache die gleiche Aufgabenstellung, wenn auch ein Teilzweck, nämlich der Einbau in das NS - Staatsgefüge, inzwischen fortgefallen ist. Bei der Frage ihrer Identität mit den früheren Gauwirtschaftskammern könnte allerdings im Einzelfalle dann eine andere Beurteilung Platz greifen, wenn z.B. die gebietsmäßige Aufteilung in beiden Fällen völlig

---

Anm.:

46) mit Recht verneint LAG Hamm 22/12/47, ARSt. I/476, Identität bei Beurteilung eines AV bei der Wehrmacht und später der Besatzungsmacht; von "Fortsetzung des Betriebszwecks", selbst in weitestem Sinne, kann hier keinesfalls die Rede sein.

verschieden wäre. Hier ergäbe sich insbesondere eine ganz andere Zusammensetzung der Mitglieder. Auch der gesamte Verwaltungsapparat würde personell und ressortmäßig nicht mehr mit der Vorgängerorganisation vergleichbar sein. Wie in allen Fällen der Frage nach der Identität kommt es auch hier im wesentlichen auf die einzelnen Umstände an.

Die Fortführung des bisherigen arbeitstechnischen Zwecks ist jedoch, für sich allein betrachtet, nicht für die Annahme der Identität des Betriebes ausreichend, wenn auch dieses Element als besonders wesentlicher Bestandteil des Betriebsbegriffs anzusehen ist. Es müssen vielmehr alle diesen Begriff bildenden einzelnen Faktoren zusammenwirken [47]. Unter Beibehaltung des Betriebszwecks müssen also auch die bisherigen Organisationsmethoden und im wesentlichen dieselben sächlichen Betriebsmittel mitübernommen werden. Es kann auch hierbei völlige "Kongruenz" naturgemäß nicht verlangt werden, sondern es muß eine Übernahme dieser Mittel im großen und ganzen vorliegen.

Bei der Frage nach den Erfordernissen der Betriebsidentität taucht ferner das Problem auf, ob hierzu auch die Übernahme der alten Belegschaft gehört. Nikisch [48] sowie Schnorr v. Carols-

---

Anm.:

47) Beitzke BB 50/761

48) S. 530

feld[49] sehen dieses Erfordernis - allerdings im Zusammenhang mit der Betriebsstillegung, auf die noch kurz einzugehen sein wird - nicht für ausschlaggebend an. LAG Frankfurt[50], Dietz[51] sowie Galperin - Siebert[52] betonen, daß die Übernahme der AN eine "zwingende Voraussetzung" darstelle, und zwar mit der durchaus einleuchtenden Begründung, auf die Übernahme der sachlichen Mittel könne es allein nicht ankommen, schafften doch erst die aktiven und meist schwierigen Arbeiten der AN aus dem toten Inventar erst einen "lebenden" Betrieb. Diese Frage - z.B. wie Dietz - generell für die Betriebsidentität als solche zu stellen, erscheint jedoch bedenklich. Mit Recht weist Grell[53] darauf hin, daß die Anerkennung dieses Erfordernisses im Zusammenhang mit der Frage, ob der neue Betriebsinhaber die Übernahme der Belegschaft ohne weiteres ablehnen und sich damit allen Verpflichtungen den AN gegenüber entziehen kann (die Kernfrage der Arbeit, welche im Hauptteil zu erörtern sein wird), ein "Zirkelschluß" sei; denn die Tatsache des Verbleibens der Belegschaft kann als Begründung für den Eintritt des Erwerbers in die AV insofern nicht herangezogen werden, als dieser dann schon vorher erfolgt sein müßte. Die Frage nach der Identität der Belegschaft kann mithin

---

Anm.:

49) S. 352 Anm. 10

50) v. 18/12/1952, SAG 52/59 m. Anm. v. BEITZKE

51) Anm. z. LAG Bremen 4/4/51 in AP 32 Nr. 50

52) Anm. 54 zu § 1 BVG

53) S. 128

bei Erörterung dieses Problems nicht als beachtlich angesehen werden. Gleichwohl ist die Identität der Belegschaft, d.h. durch Übernahme eines wesentlichen Teils der AN, ein bedeutsames Indiz für die Betriebsidentität nach durchgeführtem Inhaberwechsel. Beitzke [54] vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, daß die Identität der Belegschaft beispielsweise für die Zugehörigkeit eines AN zum BetrRat ein wichtiges Merkmal darstelle. Dieser Meinung ist durchaus zuzustimmen. Man kann die einzelnen Betriebselemente nicht abstrakt zusammenfassen und die Frage nach der Betriebsidentität generell beantworten; es kommt vielmehr darauf an, in welchem Zusammenhang sie gestellt wird. So ist z.B. bei der Frage nach der Betriebszugehörigkeitsdauer eines AN wesentlich zu wissen, ob Betriebszweck und Organisation identisch geblieben sind, kaum jedoch dürfte hierbei entscheidend sein, ob auch die Belegschaft im wesentlichen übernommen wurde.

Auf der anderen Seite hat aber der Wechsel des Betriebsinhabers auf die Identität des Betriebes als solchen keinen Einfluß. Diese von keiner Seite bestrittene und durchaus zu billigende Erkenntnis hat sich bereits seit den sich mit dem Betriebsbegriff befassenden grundlegenden Urteilen des RAG inzwischen vollkommen durchgesetzt [55].

Anm.:

54) a.a.O.

55) RAG in ARSlg 2/71; 26/52; 30/286; 32/96; St.Rsp. Dietz BVG Anm. 51 zu § 1; Nickisch (Voraufl.) S. 72; Hueck-Nipperdey I/ § 16 (S.82) Anm. 8; Denecke a.a.O; Beitzke a.a.O; Galperin BABl. 50/61 ff.

Beim Identitätsproblem spielt ferner die sog. Betriebsstillegung eine besondere Rolle. Eine erschöpfende Behandlung dieser Frage würde jedoch angesichts ihrer Vielschichtigkeit den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es mag daher genügen, dieses Problem in seinen wesentlichen Zügen kurz zu streifen.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung bedeutet die Stillegung "die Auflösung der zwischen AG und AN bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft, die ihre Veranlassung und ihren sichtbaren Ausdruck darin findet, daß der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Weiterverfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne aufzugeben". [56] Diese Definition paßt, wörtlich genommen, zwar nur auf Produktionsbetriebe, ist aber analog auch auf andere Betriebstätigkeiten auszudehnen. Eine derartige rechtswirksame Stilllegung, die im wesentlichen durch Einstellen der betrieblichen Arbeit und Kündigung "eines nicht unerheblichen Teils" der AN [57] zum Ausdruck kommt, bedeutet gewissermaßen den "Tod" des Betriebes mit der Folge, daß nach diesem Zeitpunkt das

---

Anm.:

56) RGZ 113/89; RAG in ARSlg 4/72; 14/587; in Arb. R.Prax. 1932/26, 27; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, Anm. 24 zu § 14; LAG Bremen 15/11/50 AI 51/40; BAG 17/9/57, 1 AZR, 352/56 in AP, Nr.8 zu § 13 KschG (m.zust.Anm.v.Dietz)

57) vgl. RAG in ARSlg 26/297

Problem der Identität wesensnotwendig nicht mehr auftauchen kann. Die Betriebszugehörigkeit eines AN endet damit endgültig und lebt auch dann etwa nicht wieder auf, wenn der bisher im stillgelegten Betrieb beschäftigt gewesene AN vom Erwerber des stillgelegten Betriebes eingestellt wird. Es ist dann eine Neueinstellung gegeben, und Betriebszugehörigkeitsjahre zählen neu von diesem Zeitpunk ab. Daß in diesem Zusammenhang beim Identitätsproblem, insbesondere der Frage nach der Zusammensetzung der alten und neuen Belegschaft eine besondere Bedeutung zukommt, liegt auf der Hand. [58] Aber nicht alle Fälle der Betriebsstillegung sind geeignet, die Identität des Betriebes zu beeinträchtigen [59]. Bei vielen Sanierungsverhandlungen wird beispielsweise vor Übernahme des Betriebes das Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem AV vereinbart. Daraus ergibt sich ohne weiteres der Wille der Vertragspartner, nach etwa erfolgreichen Verhandlungen die AV wieder fortzusetzen. Dies geschieht vielfach, indem gleichzeitig - etwa zwecks Erlangung der Arbeitslosenunterstützung - formell zur Entlassung geschritten wird. Anders liegt jedoch der Fall, wenn bei derartigen Vereinbarungen effektiv eine Stillegung auf völlig unbestimmte Zeit erfolgt, selbst wenn dann später ein mehr oder minder großer Teil der Belegschaft wieder im Betrieb beschäftigt wird [60]. Eine echte Stillegung

---

Anm.:

58) BAG 6/11/59 - 1 AZR 329/58 - Betr. 60/267 - mit zahlreichen Zitaten.

59) so Denecke a.a.O. entgegen Galperin a.a.O.

60) RAG in ARSlg 6/331; 16/206

liegt auch dann nicht vor, wenn von vornherein die Wiederaufnahme des Betriebes nach so kurzer Zeit beabsichtigt ist, daß sie als Fortsetzung des bisherigen Betriebes erscheint. Dann liegt lediglich eine sog. Betriebsunterbrechung vor [61]. Die kurze Dauer als solche schadet allerdings dann nichts, wenn zwar die Stillegung ursprünglich für eine unbestimmte Zeit geplant war, dann jedoch wider Erwarten etwa die Wiedereröffnung möglich wird [62]. Wie jedoch in Schrifttum und Rechtsprechung verschiedentlich mit Recht betont wird, spricht aber bei so kurzer Stillegungsdauer eine starke Vermutung tatsächlicher Art (Beweis des ersten Anscheins), daß eine Stillegung nicht ernsthaft beabsichtigt war [63]. Die sog. Scheinstillegung ist ebenfalls keine echte Stillegung. Dieser Fall wäre etwa dann gegeben, wenn die Schließung nur den Zweck verfolgt, die sich aus dem KschG ergebenden Beschränkungen insbesondere bezüglich der Betriebsratsmitglieder (§ 13 KschG) zu beseitigen [64].

Der Konkurs als solcher ist keine Stillegung [65]. Es ist aber durchaus möglich und in der Praxis häufig der Fall, daß der Konkurs zu Stillegungsmaßnahmen zwingt.

Anm.:

61) RGZ 113/89, Hueck, KschG Anm. 23 zu § 13

62) RAG in ARSlg 4/72; 14/289; 17/323

63) Dersch ARSlg 14/292; RAG in ARSlg 9/502 und LAG Frankfurt 20/10/49, AP 50/215

64) Hueck a.a.O

65) RAG in ARSlg 8/328

Es ist zusammenfassend festzuhalten, daß nach einer echten Stillegung die Identität zwischen dem stillgelegten und dem wiedereröffneten Betrieb zu verneinen ist.

Fraglich ist, ob ein Ortswechsel des Betriebes dessen Identität zu berühren vermag. Das RAG [66] hat diese Frage bejaht und im Ortswechsel eine Stillegung gesehen, weil im Ortswechsel zugleich eine über das Weisungsrecht des AG hinausgehende Änderung des Erfüllungsortes für die AN liege. Die Stillegung wurde bejaht, obwohl in dem zur Entscheidung stehenden Falle nahezu die gesamte Belegschaft die Arbeit am neuen Betriebsort wiederaufgenommen hatte. Das RAG scheint in diesem Zusammenhang den Begriff der Stillegung zu verkennen, da doch der Unternehmer aus technischen Gründen gezwungen war, für eine genau im voraus bestimmte Zeit die Arbeit im alten Betrieb einzustellen. Aus den durch den AG den AN gegenüber wegen Wechsel des Erfüllungsortes ausgesprochenen Abänderungskündigungen war ferner der Wille des AG erkennbar, mit der gleichen Belegschaft den Betrieb fortzusetzen. Allerdings wäre der Erkenntnis des RAG zu folgen gewesen, wenn die AN auf das Angebot des AG nicht eingegangen wären, und der Betrieb mit einer völlig neuen Belegschaft die Arbeit aufgenommen hätte. Hier lag aber zweifelsfrei der bereits erörterte Fall der sog. Betriebsunterbrechung vor. Das RAG verkennt darüber hinaus

---

Anm.:

66) in ARSlg 11/223; a. A. Flatow in Anm.

- und das dürfte entscheidend sein - , daß es bei der Frage der Identität auf ein unverändertes Fortbestehen der Arbeitsverträge nicht ankommen kann, sondern allein darauf, ob im wesentlichen der gleiche Betriebszweck mit den gleichen sächlichen Mitteln, der entsprechenden Organisation und der bisherigen Belegschaft fortgeführt wird. Der Fall liegt hier fast ebenso, wie wenn ein Unternehmer seinen Betrieb aus seiner alten Betriebsstätte in eine neue Fabrikationsanlage mit neuer Ausrüstung verlagert hätte [67]. Der Ortswechsel ist also grundsätzlich nicht geeignet, die Identität des Betriebes zu berühren. Die Frage des Ortswechsel ist in letzter Zeit insbesondere durch die infolge der politischen Spaltung Deutschlands erfolgten Enteignungen von Betrieben in der Sowjetzone sowie Verlagerungen von Betrieben in den Westen aktuell geworden. Mit Recht betont Beitzke [68], bezüglich der ostenteigneten Betriebe seien in der Regel derart grundlegende Änderungen eingetreten, daß im Zweifel ein neuer Betrieb vorliege [69]. Zwar werden Betriebszweck und Organisation wohl die gleichen geblieben sein, aber hinsichtlich der Betriebsmittel und Belegschaft ist dies erfahrungsgemäß kaum anzu-

---

Anm.:

67) Denecke BB 50/875

68) vgl. sein sehr eingehendes Gutachten zu dieser Sonderfrage in BB 50/761

69) a.A. LAG Dresden 9/4/48 in RdA 48/114; allerdings ist aus der Information nicht erkennbar, inwieweit die Belegschaft noch die gleiche war. Bezeichnenderweise ist kurz nach dieser Entscheidung durch Sondergesetzgebung in der Zone festgelegt worden, daß zwischen dem enteigneten und VEB bezüglich der AN keine Rechtsbeziehungen bestehen.

nehmen. Bei "Verlagerungen" wird dagegen im Zweifel Identität gegeben sein; denn meist haben die nichtenteigneten Unternehmer außer Betriebszweck und Organisation auch die bisherigen Organisationsmethoden und Betriebsmittel beibehalten und die Stammbelegschaft mit in den Westen genommen. Der Ortswechsel als solcher ist also ebenfalls in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht entscheidend. Auch bei dem sich aus Verlagerungen ergebenden Identitätsproblem wird es wieder auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Es wird daher auch häufig vorkommen, daß der in den Westen verlagerte Betrieb mangels Übernahme der alten Belegschaft nicht mehr als Fortsetzung des bisherigen Betriebes angesehen werden kann.

Die Rechtsprechung ist bei der Frage der Betriebsidentität insofern sehr weit gegangen, als sie diese auch dann als gegeben angesehen hat, wenn nur ein Teil des Betriebes von einem anderen Unternehmen übernommen und fortgeführt wird [70]. Mit Recht wird dabei betont, daß dieser Teil seinerseits aber als selbständige Einheit, d.h. gleichfalls als Betriebsorganismus angesehen werden müsse. Zu verneinen wäre also die Frage, wenn nur einzelne unselbständige Bestandteile - etwa Maschinen - übertragen würden, die erst wieder in einem neuen Betriebsorganismus zusammengefaßt werden müßten. Der generelle Hinweis

---

Anm.:

70) RAG, ARSlg 5/113; 7/297; 16/108

des RAG in einem anderen Urteil [71], es genüge, wenn unselbständige Betriebsteile herausgerissen und zu einer neuen Einheit zusammengefaßt würden, erscheint daher, wie auch Hueck in seiner Urteilskritik mit Recht hervorhebt, rechtlich bedenklich. Es muß schon eine gewisse organisatorische Selbständigkeit des übernommenen Betriebsteils als unbedingt erforderlich angesehen werden [72]. So würde es der Verkehrsauffassung offensichtlich widersprechen, noch dann von Identität des Betriebes bzw. Betriebsteils zu sprechen, wenn beispielsweise ein Unternehmer einzelne Maschinen aus verschiedenen Betrieben zusammenkauft und hieraus unter Beibehaltung der diese Maschinen bedienenden AN einen neuen Betrieb bildet.

Es erscheint zwar nicht wesensnotwendig, daß diese organisatorische Selbständigkeit bereits im Rahmen des alten Betriebes vorlag; entscheidend ist vielmehr, daß die übernommenen Teile im Augenblick der Loslösung und Übertragung auf den anderen Betrieb einen selbständigen Betriebsorganismus bilden [73]. Selbst wenn dam dieser Betriebsteil in dem übernommenen Betrieb aufgeht, so kann immer noch von einer Fortführung des alten Betriebes bzw. Betriebsteils gesprochen

---

Anm.:

71) ARSlg. 16/112 mit Anm. von Hueck

72) so auch Nikisch in Anm. AP 50/16

73) Hueck a.a.O.; Denecke BB 50/875; LAG Bremen 7/9/49 AP 50/16; LAG München 20/12/49 BB 51/418

werden. Es ist also unerheblich, ob der übernommene Betriebsteil nun mehr wiederum einen selbständigen Betrieb oder Betriebsteil darstellt, in einen bereits vorhandenen Betrieb eingegliedert oder mit einem gleichartigen zu einem neuen Betrieb zusammengefaßt wird, wie dies beispielsweise nach 1945 im Zuge der Entflechtung in aller Regel der Fall war.

Abschließend läßt sich auf Grund vorstehender Überlegungen die Betriebsübernahme im arbeitsrechtlichen Sinne definieren als

> Übernahme des Betriebes bzw. eines Betriebsteils unter Aufrechterhaltung seiner Identität.

Eine Begriffsbestimmung unter Einbeziehung der einzelnen Identitätsmerkmale kann dagegen nicht festgelegt werden, da es bei den jeweiligen Elementen entscheidend darauf ankommt, von welcher Sicht aus die Frage nach der Identität zu beantworten ist.

II. Kapitel - H A U P T T E I L -

BETRIEBSÜBERNAHME UND EINZELARBEITSVERHÄLTNIS

I.) Die Betriebsübernahme als Tatbestand

Mit der Festlegung einer Begriffsbestimmung der Betriebsübernahme ist jedoch für die endgültige Klärung der wesentlichen Frage der Arbeit, ob der AN einen Rechtsanspruch auf Fortsetzung des AV gegen den Betriebserwerber hat, bzw. - von der Seite des AG betrachtet - ob der neue Betriebsinhaber die Übernahme der Belegschaft ohne weiteres ablehnen und sich damit allen Verpflichtungen den AN gegenüber entziehen kann, nichts Entscheidendes gewonnen. Allerdings steht bei Verneinen der Betriebsidentität, insbesondere wenn geklärt ist, daß der übernommene Betrieb z.B. durch völlige Änderung des arbeitstechnischen Zwecks hinsichtlich der Arbeitsplätze der alten Belegschaft keine Verwendungsmöglichkeit mehr bietet, negativ fest, daß ein solcher Anspruch schon von vornherein entfällt. Die tatsächlichen Voraussetzungen und die sich daraus ergebenden Folgen sind dann ähnlich gelagert wie etwa bei einer Betriebsstilllegung. Die Lösung des Hauptproblems aber, ob nämlich bei Bejahen der Identität ein solcher Rechtsanspruch besteht oder nicht, kann nicht durch eine reine Begriffsbestimmung gefunden werden [74]. Hierzu erscheint es vielmehr notwendig, einen

---

Anm.:

74) vgl. Reinhardt, NJW 52/442

rechtlich faßbaren Tatbestand festzulegen; denn erst bei einem so gewonnenen typischen Sachverhalt, in den die Vielheit der konkreten Tatbestände eingeordnet und in ein System gebracht ist, kann untersucht werden, welche bestimmten Folgen die Rechtsordnung hieran knüpft [75].

Tatbestandsmäßig ist zunächst davon auszugehen, daß bei einer Betriebsübernahme in aller Regel ein Parteiwechsel auf AG-Seite stattfindet [76].

1) Partnerwechsel durch Gesetz

Ein solcher Parteiwechsel ist im Gesetz in verschiedenen Fällen vorgesehen, so insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge. Hierbei wird vom Gesetzgeber der unmittelbare Übergang der gesamten Rechts- und Pflichtenstellung uno actu angeordnet. Das heißt, auf die AV bezogen, daß der Erwerber alle Rechte des AG und damit gleichzeitig auch alle Verpflichtungen übernimmt. Es sind dies die Fälle der Erbfolge (§§ 1922, 1967 BGB), der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) und des Anfalls von Vereins- oder Stiftungsvermögen an den Fiskus (§ 46 BGB) sowie solche, in denen das Gesetz ausnahmsweise Gesamtrechtsnachfolge auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes festlegt, wie bei Eintritt in eine Gütergemeinschaft, der Verschmel-

---

Anm.:

75) vgl. Kauffmann, Betr. 50/279

76) Nicht z.B. wenn etwa der Betrieb an einen Dritten veräußert und dieser gleichzeitig dem Veräußerer ein Nießbrauchsrecht einräumt; hier bleibt trotz Eigentumswechsels der bisherige Eigentümer weiterhin AG.

zung (Fusion) (§§ 233 - 252, 240 III AktGes), der Vermögensübertragung gemäß §§ 253, 254 AktGes [77] und der Umwandlung von Kapital- in Personalgesellschaften nach dem Umwandlungsgesetz vom 21. 11. 1956. In allen diesen Fällen geht der Betrieb als Einheit auf den Erwerber über.

2) Partnerwechsel durch Rechtsgeschäft

Bei der Sondernachfolge (Singularsukzession), bei welcher der Betrieb in das Eigentum bzw. in die Verfügungsgewalt des Erwerbers nicht einheitlich als Ganzes, sondern auf Grund von Einzelübertragungen übergeht (bei Grundstücken durch Auflassung und Eintragung, bei Sachen durch Einigung und Übergabe, bei Rechten durch Forderungsübertragung usw.), tritt auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes auf AG-Seite ein Wechsel ein. Es sind dies die Fälle von Kauf, Tausch, Pacht, Nießbrauchbestellung, Einbringung in eine Gesellschaft und Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung.

Den Tatbestand der Betriebsübernahme erfüllt dagegen nicht der Parteiwechsel kraft Amtes, z.B. beim Testamentsvollstrecker (§§ 2197ff, 2205 BGB), Nachlaßverwalter (§ 1985 BGB), Konkursverwalter (§ 6 KO) sowie beim Sequesterverwalter nach dem KRGes Nr. 52. Diese Verwalter sind lediglich Vertreter des Vermögensträgers in bezug auf das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen. Zwar handeln sie im eigenen Namen, jedoch treten kraft aus-

---

Anm.:

77) Nicht dagegen im Falle des § 255 AktGes, bei dem § 240 III AktGes nicht aufgeführt ist.

drücklicher gesetzlicher Vorschrift die Rechtsfolgen in der Person des Vermögensinhabers ein[78]. Die Übernahme eines Betriebes erfolgt in derartigen Fällen nicht, da der Vermögensträger der gleiche bleibt. Hieraus ergibt sich, daß ein AG-Wechsel allein für die Erfüllung des Tatbestandes der Betriebsübernahme nicht ausreicht, vielmehr noch zusätzlich erforderlich ist, daß auch der Vermögensträger, d.h. der Betriebsinhaber wechselt.

Unter diesen Umständen erscheint es fraglich, ob der Tatbestand dann erfüllt ist, wenn beispielsweise ein Einzelkaufmann etwa aus steuerlichen Erwägungen eine GmbH gründet und er, da der Mitgesellschafter Strohmann oder unmittelbar nach Vertragsabschluß wieder ausgeschieden ist, effektiv weiterhin der alleinige Vermögensherr bleibt.

Hier dürfte weniger die gewählte Rechtsform entscheidend sein, obwohl rechtlich eine Vermögensübertragung auf die juristische Person stattgefunden hat, vielmehr die Tatsache, daß effektiv kein Vermögensinhaberwechsel eingetreten ist. Dieser kurze Hinweis mag in diesem Zusammenhang ausreichen; denn die Frage, unter welchen Umständen sich etwa ein Gläubiger (AN) auf die Identität zwischen Einmann und GmbH oder AG berufen kann, stellt in erster Linie ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Problem dar, welches den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

Anm.:

78) vgl. Enneccerus-Nipperdey, I/773

3) sog. originärer Betriebserwerb

Bisher handelte es sich stets um Fälle des abgeleiteten Erwerbs, wo auf Veräußerungsseite ein auctor vorhanden war (Erblasser, Verkäufer). Wie bereits einleitend darauf hingewiesen wurde, haben jedoch insbesondere nach 1945 neue Inhaber Betriebe fortgeführt, ohne daß zwischen dem ursprünglichen Inhaber und dem Erwerber eine wie bisher übliche Rechtsgrundlage bestand. Ein typischer Fall in dieser Richtung ist z.B. der des Deutschen Roten Kreuzes, welches aufgelöst und dessen Vermögen, insbesondere Krankenhäuser, eigens neu gegründeten Organisationen auf Grund staatlicher Verfügungen (KRatsDirektiven) übertragen wurde [79]. Der ursprüngliche Vermögensinhaber verlor also seine Rechtspersönlichkeit, und die neu geschaffene Rechtspersönlichkeit erwarb durch staatlichen Akt "originär" einen Betrieb. Auch hier hat effektiv ein Inhaberwechsel stattgefunden, und der Tatbestand der Betriebsübernahme ist insofern eindeutig erfüllt, als es hierfür auf den Rechtsgrund der Übernahme nicht ankommt [80]. Im Schrifttum wird für diesen Fall vielfach der Terminus "originärer" Betriebserwerb verwendet, eine Bezeichnung, gegen die nach Lage der Sache keine Bedenken bestehen dürften.

Abschließend sei zusammenfassend festgestellt, daß der Tatbestand der Betriebsübernahme dann erfüllt ist, wenn durch Inhaberwechsel auf Arbeitgeberseite ein Parteiwechsel stattfindet.

Anm.:

79) vgl. LAG Bremen v. 13.9.50 in AP 51/111

80) vgl. erstmalig RAG, ARSlg 1/17, seitdem st. Rspr.

Nach dieser Tatbestandsfestlegung müßte nunmehr untersucht werden, welche Rechtsfolgen sich aus diesem Tatbestand ergeben. Zuvor mag jedoch kurz darauf hingeweisen werden, daß mitunter in der Rechtsprechung bereits in diesem Zusammenhang von einem "Rechtsinstitut" der Betriebsübernahme die Rede ist. LAG Bremen verwendet sogar ausdrücklich diesen Terminus [81]. Dadurch kann u.U. der Anschein erweckt werden, es handele sich hier um eine neue Art Gesamtrechtsnachfolge, welche die Rechtsprechung praeter legem entwickelt hätte. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, daß teilweise als Beleg in diesem Zusammenhang Urteile des RAG zitiert werden, die sich auf die Betriebsübernahme beziehen [82]. Tatsächlich befaßt sich jedoch das RAG keineswegs mit der Betriebsübernahme im Sinne eines eigenen, neugeschaffenen Rechtsinstituts, vielmehr geht aus den Entscheidungen eindeutig hervor [83], daß hierbei in erster Linie ein besonderer Tatbestand festgelegt ist, und erst daraus die Rechtsfolgen für bereits übernommene AV hinsichtlich von mit der Betriebszugehörigkeit verbundenen Rechten untersucht werden. Aus den weiteren Erwägungen in den Entscheidungsgründen der angegebenen LAG-Rechtsprechung ist allerdings erkennbar, daß bei den rechtlichen Folgerungen nicht von einem neuen Rechtsinstitut ausgegangen wird; die Formulierungen und Zitate der LAG-Rechtsprechung dürften somit nur mißver-

---

Anm.:

81) 4/4/51 in AP 52/50; 19/3/52 in AP 53/209

82) LAG Stuttgart 4/4/51 in AP 52/274

83) vgl. insbesondere RAG 5/10/30, ARSlg 10/296

ständlich sein, erscheinen jedoch insofern bedenklich, als der Tatbestand der Betriebsübernahme auch nicht nur in der Formulierung mit einem Rechtsinstitut gleichgesetzt werden sollte, der Tatbestand vielmehr allein die typischen möglichen Erscheinungsformen erfaßt, und erst von dieser Grundlage aus geprüft werden kann, welche Folgen die Rechtsordnung hieran knüpft.

II.) Rechtsfolgen der Betriebsübernahme

Für die Lösung der Kernfrage der Arbeit, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der neue Betriebsinhaber in Rechtsbeziehungen zum AN tritt, insbesondere ob dem AN ein Anspruch auf Fortsetzung des AV gegenüber dem Betriebserwerber zusteht, bieten sich drei möglich Rechtskonstruktionen an.

Die erste ist die, nach welcher der Inhaberwechsel die Rechtsstellung des AN ebensowenig berührt wie die Identität des Betriebes, daß also die Beibehaltung der Identität bereits ausreicht, um den AN in Rechtsbeziehungen zum Erwerber treten zu lassen, ohne daß es eines Übergangs oder einer Übertragung des AV auf den Betriebserwerber bedarf. Die zweite Möglichkeit ist die des ipso-jure-Überganges, und zwar in der Weise, wie es das Gesetz zum Beispiel im § 571 BGB vorsieht, während die dritte Möglichkeit darin besteht, daß die einzelnen AV rechtsgeschäftlich übertragen werden. Von besonderem Interesse ist dabei die Frage, inwieweit es bei einer etwaigen Fortsetzung

des AV auf den Willen des neuen Betriebsinhabers ankommt; denn wenn dieser rechtlich nicht beachtlich wäre, würde der Betriebsinhaber zur Fortsetzung gezwungen werden können; der AN hätte also dann einen echten Rechtsanspruch auf Übernahme.

Die erste Möglichkeit scheidet insofern aus dem Rahmen der Betrachtungen aus, als man hierbei, da vertragliche oder vertragsähnliche Rechtsbeziehungen, falls man den Arbeitsvertrag für die Begründung des AV ablehnt, nun einmal allein zwischen natürlichen oder juristischen Personen bestehen können, denknotwendig nur davon ausgehen könnte, daß der Betrieb anstelle einer natürlichen oder juristischen Person treten müßte; es wäre also an einen Fall zu denken, bei dem trotz Partnerwechsels auf AG-Seite der dahinter stehende Betrieb oder das Unternehmen Partner blieben, wie etwa beim Vorstandswechsel einer AG diese hierdurch in ihrer rechtlichen Identität nicht berührt wird.

Soweit ersichtlich, wird weder im Schrifttum noch in Rechtsprechung von solchen Konstruktionen ausgegangen, obwohl bei manchen Autoren, insbesondere bei Nikisch und Grell, auf die noch im folgenden im einzelnen einzugehen sein wird, derartige Gedankengänge mitanklingen.

1. Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes

Nikisch vertritt in der 1. Auflage seines Lehrbuches die Auffassung, allein die Identität reiche aus, um zwischen dem Erwerber des Betriebes und dem AN das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. [84] Dies geht insbesondere aus der Formulierung hervor, "daß die Rechtsstellung der AN erhalten" bleibe, weil der Inhaberwechsel die Identität nicht berühre. Er kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der bekannten, von ihm vertretenen, üblicherweise genannten Eingliederungstheorie [85], welche im Gegensatz zu der heute herrschenden Vertragstheorie steht [86].

Anm.:

84) S. 192 ff, ebenso in ARBlattei "Betriebsinhaberwechsel, Einfluß auf AV", D I und II; in Anm. AP 50/247

85) ähnlich Maus in "Das Arbeits- und Sozialrecht", Bd. 1, "Das AV", S. 128 ff; LAG Stuttgart 30.6.53, AP Nr. 1 zu § 63 HGB; Siebert, Das AV in der Ordnung der nat. Arbeit; ders. DAR 1937/14,44,305,338, welcher jedoch seine Ansicht in Handbuch d. Soz.Wiss. S. 390 insofern im wesentlichen aufgegeben hat, als er nunmehr in der Begründung des AV einen "personenrechtlichen Vertrag" erblickt.

86) Hauptvertreter: Dietz, BVG Anm. 22-23 § 4; Hueck, Iherings J. 74/358; ders. DAR 38/18; ders. Hueck-Nipperdey I/§§ 21,22 (S. 104 ff); Mansfeld DAR 36/117; Nipperdey DAR 37/142, ders. in Staudinger, Vorbem. 32 vor § 611; Schnorr v. Carolsfeld, S. 100; Sitzler, AR-Blattei, "Arb.Recht" Übersicht VII A; Dersch in Kasekl-Dersch (Voraufl. S. 22; ders. AR-Blattei "AN" II, 3 jedoch mit gewissen Einschränkungen; Herschel, Grundriß d.Arb.R.S.77; Böttcher, RdA 55/321; Crone, RdA 52/372; ARSlg 22/18; 33/172; 36/385, 37/231; 40/221; 43/168; 45/152; LAG Bremen 4/8/48, RdA 1948/193; LAG Frankfurt 28/9/48, RdA 49/155; BGHZ 10/187; BAG 22/11/56 - 2 AZR - 314/ 54 -, JFA 57/2725; BAG 8/3/57 - 1 AZR - 113/55 - BB 57/644; spricht von "arbeitsvertraglich geschuldeter Arbeitsleistung".

Nach der Vertragstheorie wird das AV als Rechtsverhältnis durch Abschluß des Arbeitsvertrages begründet. Der Arbeitsvertrag wird dabei als "die das AV begründende und gestaltende Willenseinigung" definiert [87]. Ein solcher Vertrag ist nach dieser Lehre notwendig, aber auch ausreichend. Nach der Eingliederungstheorie bereitet der Arbeitsvertrag lediglich die künftige Entstehung des AV vor, indem er den AN verpflichtet, in den Betrieb des AG einzutreten. Das AV ist nach dieser These kein Schuldverhältnis sondern als "die Rechtsstellung des AN im Betrieb" aufzufassen. Diese kann nur durch Aufnahme, d.h. durch die Eingliederung des AN in den Betrieb zustandekommen. Erst durch Eintritt entsteht die Gemeinschaft, aus welcher Treue- und Fürsorgepflicht erwachsen. Mit der Einordnung, der aber von Nikisch die rechtgeschäftliche Natur aberkannt wird [88], stellt der AN seine Arbeitskraft dem Betrieb des AG zur Verfügung. Der Arbeitsvertrag genügt also hiernach zur Begründung des AV nicht, sondern es wird noch zusätzlich die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb verlangt. Andererseits ist aber ein Arbeitsvertrag nach dieser Theorie nicht erforderlich; auch ein vertragsloses Beschäftigungsverhältnis verleiht dem AN die volle aus der Betriebszugehörigkeit fließende Rechtsstellung.

Anm.:

87) Hueck-Nipperdey I/S. 105; § 1, Abs. 2 AVE 1938

88) a. A. Siebert ZAKDR 36/93

AV und Betriebszugehörigkeit bilden eine Einheit [89]. Maus [90] faßte ursprünglich die Begründung des AV als "zweistufiges" Rechtsgeschäft auf, das sich aus einem Verpflichtungsgeschäft und der Einstellung in den Betrieb als Erfüllungsakt zusammensetzt. Neuerdings [91] schließt er sich im wesentlichen der Ansicht von Nikisch an und führt gleichfalls die Begründung des AV auf die Einordnung in den Betrieb zurück. In der Einordnung selbst sieht er einen Realakt. Bejaht man die Eingliederungstheorie, so ergibt sich daraus für die AV der AN beim Wechsel des Inhabers folgende recht einfache Konsequenz: Da der bloße Wechsel des Inhabers die Identität des Betriebes nicht berührt, bleibt den im Betrieb beschäftigten AN ihre Rechtsstellung erhalten. Der Erwerber tritt also zwingend in die laufenden AV ein, ohne daß es einer besonderen Überleitung bedürfte. Ein etwa entgegenstehender Wille des Erwerbers ist mithin unbeachtlich.

Dersch [92] nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Er vertritt die Auffassung, die richtige Lösung dürfte sich gemischt aus Elementen der Vertrags- und Eingliederungstheorie ergeben. Danach sei der Arbeitsvertrag nur notwendig,

---

Anm.:

89) a.A. Molitor, AN und Betrieb, der mit Recht darauf hinweist, Betriebszugehörigkeit sei nur ein tatsächlicher Zustand, an den sich bestimmte Rechtsfolgen knüpfen; zutreffend Denecke BB 50/678; Betriebszugehörigkeit sei "vom AV abhänig und kein neben diesem stehendes Recht auf Zugehörigkeit".

90) Das AV, S. 138 ff der Arbeitsvertrag S.75 ff, 95 ff

91) Handb. d. Arb. R. II, A, S. 5 ff

92) Kaskel-Dersch, S. 25

wenn sich das Gesetz nicht ersichtlich mit dem faktischen AV begnüge, z.B. beim gesamten Arbeitsvertragsrecht. Die Eingliederung genüge, wenn das Gesetz wie z.B. bei Arbeitsschutz und Arbeitsverfassung ersichtlich vom faktischen AV ausgehe.

Zur Klärung dieser Streitfragemmag daher in kurzen Zügen auf die Rechtsnatur des Arbeitsvertrages sowie des AV eingegangen werden.

In der liberalen Epoche wurde der Arbeitsvertrag als rein schuldrechtlicher Austauschvertrag von Arbeit gegen Lohn nach dem Prinzip do ut des aufgefaßt. Dies ist auch im Wortlaut des § 611 BGB erkennbar zum Ausdruck gekommen. Erstmalig von v. Gierke [93] hervorgehoben, sah man in ihm später einen Vertrag mit "personenrechtlichem Einschlag", aus welchem sich eine beiderseitige Treuepflicht ergebe.

Heute faßt man den Arbeitsvertrag allgemein als gemeinschaftsbegründenden Vertrag auf, welcher eine personen- bzw. sozialrechtliche Gemeinschaft zwischen AG und AN, also das AV zur Entstehung bringt [94].

Anm.:

93) Dt. Privatrecht, Bd. III, S. 594; Hueck-Nipperdey, (Vorauflage), S. 102

94) Hueck-Nipperdey, I § 22 II (S. 116);Denecke, Komm.RGR z.BGB,Vorbem.I vor § 611;Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz,AOG Anm.16 zu § 2; Siebert,Handw.B.d.Soz.Wiss.S.378;Sitzler,AR-Blattei "ARecht: Übersicht" VII A;Staudinger-Nipperdey,BGB,Vorbem. 31 u.32 vor § 611-RAG, ARSlg 33/172;37/230;40/286;BGHZ 10/190 BAG 24/2/55-2 AZR 10/54-AP Nr.2 zu § 616 BGB;BAG 10/11/55-2AZR 591/54-AP Nr.2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" definiert zutreffend: "Das AV ist ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nicht nur wie beim Dienstvertrag der selbständig Tätigen oder sonstigen Schuldverhältnisse lediglich einzelne Leistungen betrifft, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des AN erfaßt, deshalb wesentlich sein Leben gestaltet und seine Per-

Als typische Parallele hierzu mag auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen werden, wie überhaupt das Gesellschaftsrecht angesichts der auch dort bestehenden personenrechtlichen Gemeinschaft in mannigfacher Beziehung mit dem Arbeitsvertragsrecht verwandte Züge aufweist. Auch der Gesellschaftsvertrag ist nach richtiger Auffassung ein gemeinschaftsbegründender Vertrag [95]; die Gesellschafter sind nicht nur Gläubiger und Schuldner, sondern zugleich Mitglieder einer sozialrechtlichen Gemeinschaft. Der Vertrag selbst ist auf Herstellung dieser Gemeinschaft gerichtet.

Wenig Klarheit besteht nun über das Verhältnis des personenrechtlichen Vertrages zum schuldrechtlichen Vertrag. Vielfach wird angenommen, daß es sich hierbei um sich gegenseitig ausschließende Gegensätze handele [96].

Nach dieser Meinung müßte mithin die Anwendung von Normen aus dem Schuldrecht beim AV ausgeschlossen sein. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Hueck [97] weist mit Recht darauf hin, daß es entscheidend darauf ankomme, wie man das Schuldrecht abgrenzt. Sieht man im Wesen des Schuldrechts lediglich Verpflichtungen zu einzelnen Leistungen, so würde der Arbeitsvertrag allerdings mit seinen zahlreichen nach Inhalt und Umfang von vornherein noch nicht feststehenden

---

Anm.:

95) vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 24 ff; ders. Recht der OHG, S. 33; Esser S. 393.

96) so früher Siebert, ZAKDR 1936/94; ders. DAR 1937/308; sowie LAG Stuttgart, 17/9/54, AP No. 2 zu § 611 "Haftung des AN": Die Vorschriften des Schuldrechts seien auf das AV "nicht mehr anwendbar".

97) Hueck-Nipperdey a.a.O.

Rechten und Pflichten über den Begriff des rein schuldrechtlichen Vertrages hinausgehen. Aus der systematischen Einordnung des Dienstvertrages in das Schuldrecht ergibt sich jedoch eindeutig, daß der Gesetzgeber in der Begründung einer die Person erfassenden Gemeinschaft keinen Gegensatz zum Schuldvertrag erblickt. Daraus folgt, daß auch der Arbeitsvertrag schuldrechtlichen Normen unterliegt. Dort aber, wo diese Normen mit dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses nicht in Einklang gebracht werden können, muß sich eine andersartige Beurteilung ergeben (z.B. Rechtsprechung des RAG zum Betriebsrisiko). Zutreffend weist Hueck [98] darüber hinaus darauf hin, daß ein grundsätzliches Abgehen von der unmittelbaren Anwendung des BGB gleichzeitig das Problem aufwirft, ob eine derartige Einstellung nicht mit der Pflicht zur Gesetzestreue in Widerspruch steht.

Abgesehen von diesen Erörterungen über die dogmatische Fundierung des Arbeitsvertrages und des AV sprechen auch noch andere Gründe für die Vertragstheorie. Zunächst sei hervorgehoben, daß diese sich rechtssystematisch völlig zwanglos und dogmatisch einwandfrei in unser bestehendes Privatrecht einfügen läßt. Nach der Definition des Vertrages als einer auf Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichteten Willenseinigung [99] zielt diese Willenseinigung beim Arbeitsvertrag

---

Anm.:

98) in Anm. zu AP No. 2 zu § 611, "Haftung des AN".

99) vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey, § 146 III

auf Herstellung eines Dauerrechtsverhältnisses, nämlich des AV ab. Diese unkomplizierte rechtliche Betrachtungsweise ist bezüglich anderer Dauerschuldverhältnisse wie Gesellschaft, Pacht, Versicherungsvertrag unserem Rechtsdenken durchaus nicht fremd. Schon aus diesen Gründen dürften sich bereits Zweifel an der These von Nikisch ergeben.

Auch würde m.E. die Eingliederungstheorie bei konsequenter Anwendung zu sozial unbilligen Ergebnissen führen. Man denke nur an den Fall, daß ein Angestellter wegen Krankheit seinen Dienst unverschuldet beim neuen AG nicht antreten kann. Da er nicht "eingegliedert" ist, müßte er, obwohl das Gesetz zwischen Zeiten vor und nach Dienstantritt keinen Unterschied macht, seines Gehaltsfortzahlungsanspruches aus § 616 II BGB, § 63 HGB, § 133 c Gew.O. verlustig gehen [100]. Soweit geht Nikisch allerdings nicht, obwohl ein solcher Anspruch aus der Fürsorgepflicht fließt, und diese Pflicht nach ihm erst mit der Eingliederung zur Entstehung gelangt.

Die Vertreter der Eingliederungstheorie glauben, durch Ablehnung des Arbeitsvertrages als Begründungsakt für das AV bei Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsfällen zu befriedigerenden Lösungen zu gelangen. An dieser Stelle sei wiederum auf eine

---

Anm.:

100) so LAG Stuttgart, 30/60/53, AP No. 1 zu § 63 HGB, unter ausdrücklicher Berufung auf die Eingliederungstheorie. a.A. RAG, ARSlg 36/139 (die Unterscheidung sei "sachlich nicht berechtigt"); Mansfeld DAR 1936/118; Nipperdey DAR 1937/145; Hueck DAR 1938/181; Würdinger RGR - Komm. z. HGB, Anm. 1 c zu § 63; Schlehberger - Quassowski, Anm. 3 zu § 63

Parallele aus dem Gesellschaftsrecht verwiesen, und zwar auf die sog. faktische Gesellschaft. Falls ein Gesellschaftsvertrag nichtig oder anfechtbar und trotz dieser Mängel tatsächlich durchgeführt worden ist, so sollen nach der durchaus h.L. grundsätzlich keine Nichtigkeitsfolgen eintreten [101]. Zu Recht war man sich bei der Lösung des Problems allgemein darüber einig, daß die Rechtsordnung trotz vorliegender Mängel eine derartige tatsächliche Gestaltung nicht unberücksichtigt lassen könne. Bei mangelhaften Arbeitsverträgen dürfte der gleiche Ausgangspunkt gegeben sein. Auch hier bedarf es einer sorgfältigen Prüfung, welche Folgen Mängel des Arbeitsvertrages auf der einen Seite, die tatsächliche Durchführung des mangelhaften Vertrages auf der anderen Seite im einzelnen mit sich bringen. Aus dieser Erkenntnis heraus hat dann auch die h. L. im Arbeitsrecht z.B. die Anfechtungsmöglichkeit bejaht, die Rückwirkungsfolgen aber einhellig abgelehnt und nur eine Vernichtbarkeit für die Zukunft angenommen. Eine andere Meinung läßt allerdings nur einen die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Tatbestand zu [102]. Die gleichen Erwägungen ergeben sich in Fällen der "faktischen Gesellschaft".

Anm.:

101) RGZ 165/193; BGHZ 3/285; 8/157; 11/190; 17/160; vgl. hierzu im einzelnen insbes. Hueck, Recht der OHG, S. 44 ff

102) Für Anfechtung mit ex nunc - Wirkung: Staudinger-Nipperdey, Anm. 97 zu § 611; Herschel BB 53/1069; Militor, Kündigung, S.25; Kaufmann, Betr. 53/21; BAG v. 5/12/57, 1 AZR 594/56, - BB 58/232 -. Für a.o. Kündigung: Nikisch S. 192; Larenz, AP, Anm. zu No. 1 zu § 119 BGB; LAG Frankfurt 8/7/53, AP 54/85

Falls aber dort überhaupt kein Vertrag vorliegt, eine Willenseinigung also nicht vorhanden ist, sollen die Gesetzesnormen über Nichtigkeit in vollem Umfang zur Anwendung gelangen [103]. Dieser Fall ist jedoch im Arbeitsrecht praktisch kaum denkbar, da es bei Arbeitsleistung und Lohngewährung zumindest zu einer stillschweigenden Willenseinigung gekommen sein d rfte. Diese Erwägungen aus dem Gesellschafts- und in diesem Zusammenhang zweifellos ähnlich gelagerten Arbeitsrecht lassen eindeutig erkennen, daß in jedem Fall der Vertrag als Ausgangspunkt anzusehen ist,, bei Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit lediglich erwogen wird, inwieweit der tatsächlichen Gestaltung im Einzelfall unter Berücksichtigung der sich aus § 242 BGB ergebenden Rechtsgrundsätze Rechnung getragen werden kann, wobei Nichtigkeitsfolgen mitunter gemildert werden, oder je nach den Umständen überhaupt nicht eintreten sollen. Die gleichen Gesichtspunkte im Arbeitsrecht lassen daher keinen Widerspruch zur Vertragslehre erkennen. Es läßt sich in dieser Beziehung also durchaus die Meinung vertreten, daß der direkte Weg über den Vertrag auch bei Nichtigkeitsfällen klarer und eindeutiger erscheint als der Umweg über die Eingliederungstheorie.

Überzeugend weist Hueck [104] in diesem Zusammenhang ferner auf die Verkehrsanschauung, d.h. auf die "Anschauung der im konkreten Fall beteiligten Berufskreise", [105] hin, insbesondere auf Angestellte, die bei Streit mit dem AG erfahrungsgemäß

Anm.:

103) BGHZ 11/190

104) a.a.O.

105) BAG 24/7/57 - 4 AZR - 445/54 - in AP No. 5 zu § 59 HCB

auf Erfüllung "ihres Vertrages" pochen. Das gleiche dürfte unter den heutigen Verhältnissen in gleichem Maße auch für qualifizierte Facharbeiter gelten, die angesichts des herrschenden Facharbeitermangels unter Versprechen von Sondervorteilen angeworben werden. Das weitere Argument von Hueck, die von Nikisch vorgenommene Trennung von rechtsgeschäftlichem Arbeitsvertrag und nichtrechtsgeschäftlicher Willenseinigung bezüglich der Einordnung sei dem wirklichen Arbeitsleben fremd, vermag allerdings nicht zu überzeugen; denn es wird beispielsweise einen normalen Käufer in der Regel die rechtliche Trennung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft ebenso fremd erscheinen.

Wertet man alle diese Erwägungen, so ergibt sich daraus, daß wohl die Vertragstheorie den Vorzug verdienen dürfte. Abschließend soll jedoch in diesem Zusammenhang keineswegs verkannt werden, daß bei Entscheidung von Einzelfragen - abgesehen bei der Frage des Überganges eines EinzelAV - trotz des Gegensatzes der Theorien inzwischen weitgehend Übereinstimmung erzielt ist [106], und es insbesondere das Verdienst von Nikisch bleibt, entscheidend zur Klärung wesentlicher Grundbegriffe des Arbeitsrechts beigetragen zu haben.

Folgt man der von Nikisch vertretenen, aus den angegebenen Gründen nicht zu billigenden These im Zusammenhang mit der Betriebsübernahme, so müßte man darüber hinaus letzten Endes ferner zu dem Ergebnis gelangen, daß anstelle des AG der Betrieb als Vertragspartner des AN "untergeschoben" wird. Dies erscheint jedoch zu weitgehend. Selbst wenn

---

Anm.:

106) vgl. Hueck-Nipperdey, I/114; Nikisch I/142 Anm. 26

man nicht den Vertrag als Grundlage des AV ansieht, dieses vielmehr durch Betriebseingliederung entstehen läßt, kann ein AV doch nur zwischen natürlichen oder juristischen Personen bestehen. Es muß also, damit überhaupt Rechtsbeziehungen zwischen den AN und dem Erwerber begründet werden können, ein echter Vertragspartnerwechsel in der Person des AG stattfinden; und wenn man allein die Beibehaltung der Betriebsidentität hierfür als ausreichend hält, so ist dieser Weg nicht anders denkbar, als daß man, worauf vor allem Bötticher hinweist, [107] den Betrieb als solchen als Partei ansieht. Der Betrieb müßte, konsequent gefolgert, also nach Nikisch als Rechtspersönlichkeit gelten, was jedoch von ihm ausdrücklich [108] und im übrigen einhellig im Schrifttum und von der Rechtsprechung abgelehnt wird. In seiner Neuauflage hat Nikisch allerdings als Argument für den Eintritt des Erwerbers in die AV den Hinweis auf Analogie zu § 571 BGB - d.h. Übergang des AV ex lege - gebracht, doch stützen sich weiterhin Autoren in diesem Zusammenhang auf die von ihm vertretene Eingliederungstheorie. Es erschien daher notwendig, sich mit seiner ursprünglich auch im Rahmen der Betriebsübernahme vertretenen Auffassung eingehend auseinanderzusetzen.

So verweist Hörnig [109] zur Begründung des Eintritts des Erwerbers in die AV auf die Eingliederungstheorie. Ihm kann daher ebensowenig wie Maus [110], welcher ähnlich argumentiert, gefolgt werden.

Anm.:

107) Festschrift für Nikisch S. 6

108) Nikisch, a.a.O.

109) RdA 55/135; ders. Arb.u.R. 1954/272, 1955/184

110) Handb.d.A.R., VI A "Übergang des AV, AG-Wechsel, S. 8; ders. Das Dt.Arb.u.SozialR, Bd. 1, "Das AV", S. 203

Im Rahmen der Erörterungen, daß es einer besonderen Überleitung der AV nicht bedürfe, gehört ebenfalls die Lehre von Molitor [111], wenn er auch vom Vertragsabschluß als Grundlage seiner Konstruktion ausgeht. Er ist der Auffassung, daß beim Wechsel des Betriebsinhabers ein Eintritt des Erwerbers in die laufenden oder erneuerten AV nicht erfolge, weil die Arbeitsverträge die AN verpflichteten, sich in den Betrieb einordnen zu lassen [112]. Damit seien die Arbeitsverträge schon von vornherein auf den jeweiligen Inhaber des Betriebes abgestellt. Die Parteien des Schuldverhältnisses seien nämlich nicht von vornherein bestimmte Personen, sondern diese würden durch die wechselnden Umstände jeweilig bestimmt. Bötticher [113] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß diese Lehre, im Grunde genommen, auf die abzulehnende Betrachtungsweise vom AG als jederzeit auswechselbarem Organ des Betriebes hinauslaufe, wie sie vor allem Grell vertritt, auf den noch besonders einzugehen sein wird. Mit Fug stellt Bötticher nämlich die Frage, wie denn der gegenwärtige Betriebsinhaber die noch ganz unbestimmten jeweiligen späteren Inhaber als AG verpflichten könne [114]. Eine solche Verpflichtung kann nur begründet werden, wenn man von einer Verpflichtungsermächtigung ausgeht. Diese müßte aber entgegen dem Gesetz an den Betrieb als solchen geknüpft werden. Wenn man hiervon aus-

---

Anm.:

111) AN und Betrieb, S. 39 ff, ders. in Anm. AP 51/110 u. 111 sowie in AR-Blattei "Arbeitspflicht" I,C,III

112) Der "Einordnung mißt M. nicht die gleiche Bedeutung wie Nikisch bei. Im Rahmen dieser Arbeit bedarf es jedoch keines Eingehens auf diese Sondermeinung, da sie zum Thema weder in unmittelbarem noch mittelbarem Zusammenhang steht.

113) Festschrift für Nikisch, S. 7

114) Ähnlich Larenz, Anm. AP 53/209, der auf den unserem Recht nicht bekannten Vertrag zu Lasten Dritter anspielt.

geht, so bleibt mithin als einzige stichhaltige Begründung die, daß der Inhaber lediglich als Organ des Betriebes fungiert.

In dieser Richtung ist in jüngster Zeit insbesondere Grell hervorgetreten [115]. Er gelangt, indem er sich weder der Eingliederungstheorie anschließt noch einen AV-Übergang ex lege annimmt, ebenfalls zu dem Ergebnis, daß der neue Betriebsinhaber zwingend in die alten AV eintritt und diesem mit seinem Eintritt in den Betrieb ein Anspruch auf Arbeitsleistung aller AN zusteht. Er sieht in der Betriebsübernahme - er verwendet dabei den terminus "Betriebsnachfolge" - ein praeter legem neu geschaffenes Rechtsinstitut und vertritt die Ansicht, daß der alte AG mit dem Eintritt des neuen frei werde, und eine Mithaftung des neuen Betriebsinhabers für rückständige Lohnschulden des Vorinhabers in keinem Fall begründet sei. [116] Ob nach ihm diese Regeln auch für den Fall eines "originären" Betriebserwerbs Anwendung finden sollen, erwähnt er nicht ausdrücklich. Seine Ausführungen beschränken sich offenbar vielmehr auf die sog. "vereinbarte Betriebsnachfolge", die er bei Beginn und im weiteren Verlauf seiner Arbeit zitiert. Zu dem obigen Ergebnis gelangt er aus zwei Gesichtspunkten. Einmal geht er von der rechtlichen Beurteilung des AV aus, zum andern von der rechtlichen Stellung des Betriebes. Bei der Frage nach der rechtlichen Natur des AV führt er unter Hinweis auf Herschel [117] aus, das AV sei im wesentlichen als ein

---

Anm.:

115) S. 144 ff

116) S. 163 ff, 165 ff, 173, 174

117) Soz. Prax. 1936, Sp. 294 u. 1942, Sp. 157, 159 ff; RdA 1956/165

"dynamisches Rechtsverhältnis" aufzufassen. Aus dieser Erkenntnis heraus müsse man sich dessen bewußt sein, daß das AV verschiedene Stadien durchlaufe. Der A-Vertrag setze dabei lediglich die erste Ursache und "trage" zur Entstehung des AV "bei". Mit der Einordnung in den Betrieb beginne das "faktisch existente Lebensverhältnis weiterzuwachsen" bis zur "völligen Überragung" des Arbeitsvertrages. Die dann ständig weiter entstehenden Veränderungen und die Schaffung von neuen Rechten und Pflichten seien als "Konkretisierung" des nunmehr allein an den Betriebsorganismus gebundenen Gemeinschaftsverhältnisses anzusehen. Der AN stelle dabei - nicht dem AG sondern - dem Betriebsorganismus seine Arbeitskraft zur Verfügung. Bei neuen individuellen Vereinbarungen sei es angesichts der dynamischen Betrachtungsweise nicht mehr notwendig, diesen Vereinbarungen den Charakter von Abreden zu geben. Die Bedeutung dieser Vereinbarungen gingen nicht weiter wie beispielsweise Eingriffe, die durch neue Tarifverträge erfolgen würden. Auch dies seien Konkretisierungen des AV. Weitere Konkretisierungen ergäben sich aus der Dauer der Betriebszugehörigkeit, z.B. Passives Wahlrecht zum Betriebsrat, günstigere Kündigungsfristen, Werkswohnung, Kindergeld, Weihnachtsgratifikation, längerer Urlaub, Anwartschaften auf Ruhegehalt usw.

Bei dieser Sicht des AV ist es naturgemäß schwierig, zu sagen, in welchem Zeitpunkt der Vertrag zurücktreten bzw. im Sinne von Grell vertragliche Gesichtspunkte bei der Beurteilung des AV nicht mehr von Bedeutung sein sollen. Die von ihm in dieser Beziehung gegebene Lösung erscheint insofern in sich bereits widerspruchsvoll, als einerseits die für ihn entscheidende Gliedstellung des AV im Betriebsorganismus bzw.

des AN in der Betriebsgemeinschaft bereits mit der Eingliederung in den Betrieb beginnt, da erst dann der Großteil von Rechten und Pflichten von AG und AN, die kollektivrechtlich geordnet würden, entstünden, während er gleichzeitig andrerseits die Meinung vertritt, die "Konkretisierung" trete erst nach sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit ein. Hierfür gäbe nämlich das Gesetz in § 1 KschG eine entsprechende Vermutung, da von diesem Zeitpunkt an das AV nur noch aus betriebsbedingten Gründen gekündigt werden könne. In diesem Sinne sei selbst die personenbedingte Kündigung als betriebsbedingt anzusehen, weil auch hier letztlich betriebliche Erwägungen ausschlaggebend seien. Abgesehen davon, daß er damit das Wesen der personenbedingten Kündigung völlig zu verkennen scheint, wobei bereits der Hinweis darauf genügen dürfte, daß Gründe in der Person des AN im wesentlichen rein individueller Natur sind (z.B. bei Fortfall der Vertrauensgrundlage, Beleidigungen usw.), erscheinen beide Zeitpunkte ziemlich willkürlich gewählt. Mit der gleichen Berechtigung könnte man auch, wenn man mit Grell das AV in erster Linie als Betriebszugehörigkeitsverhältnis ansieht, beispielsweise erst den Zeitpunkt der Erlangung des passiven Wahlrechts zum Betriebsrat wählen, mit der Begründung, daß erst dann der AN als vollwertiges Glied im Betriebsorganismus angesehen werden könne. Man sieht also auch hier, auf welche unüberwindlichen Schwierigkeiten man stößt, und welche Rechtsunsicherheit damit verbunden ist, wenn man sich völlig vom Vertrag löst und damit bei der ersten auftretenden Schwierigkeit u.U. gezwungen wird, ohne gesetzlichen Halt willkürliche Lösungen zu suchen.

Auch Grells Theorie, Veränderungen des AV, insbesondere neue individuelle Vereinbarungen seien lediglich Konkretisierungen des nunmehr rein betriebsbedingten Rechtsverhältnisses [118] ("Rechte und Pflichten wurzeln in dem erneut konkretisierten Gemeinschaftsverhältnis"), erscheint unklar und äußerst fragwürdig. Man vermißt dabei eine Erklärung, ob er darunter eine Vereinbarung versteht, bei der auf der Gegenseite nicht die Person des AG auftritt, sondern ein selbständiger Betriebsorganismus, losgelöst von der Person des AG. In diesem Falle müßte dann der Betrieb als solcher Träger von Rechten und Pflichten sein, was er jedoch an anderer Stelle ausdrücklich verneint. Wenn er darunter eine echte vertragliche Vereinbarung versteht, dann kann aber auf der anderen Seite nur der AG Vertragskontrahent sein, ein Ergebnis, was Grell aber nach der eben wörtlich wiedergegebenen Formulierung ebenfalls nicht bejahen würde. Außer diesen beiden Lösungen ist eine dritte Lösung nach geltendem Recht nicht möglich.

Die Ansicht von Grell, die Arbeitskraft werde dem Betrieb als solchem zur Verfügung gestellt, widerspricht, abgesehen von ihrer rechtlichen Fragwürdigkeit, den normalen Lebensanschauungen - es sei denn, daß man dem Betrieb Rechtspersönlichkeit zubilligt, was Grell aber, wie bereits erwähnt, ausdrücklich ablehnt -; denn wer ist vom Standpunkt des AN aus gesehen, rein tatsächlich in der Lage, die Leistungen seiner Arbeitskraft entgegenzunehmen? In seinen Augen ist dies nur der "Chef", d.h. die Person des AG oder dessen Stellvertreter bis

---

Anm.:

118) S. 162

zum Meister, aber doch wohl kaum ein anonymes, nicht rechtfähiges tatsächliches Gebilde, der Betriebsorganismus.

Auf der anderen Seite geht Grell im einzelnen von der Stellung des Betriebes im heutigen Rahmen des Arbeitsrechts aus. Der Betrieb sei nicht mehr wie bisher als Mittelpunkt anzusehen, um den sich die AV gruppieren, sondern habe die Bedeutung eines selbständigen, sozialrechtlichen Organismus erlangt, so daß sich das AV als eine Teilnahme am "Arbeitsorganismus Betrieb" darstelle. Es sei eine Objektivierung der auf den Betrieb bezogenen arbeitsrechtlichen Verhältnisse eingetreten derart, daß er die vertraglichen Beziehungen überrage. Demgegenüber habe die Person des Betriebsinhabers lediglich noch die Bedeutung eines besonderen Funktionsträgers des Betriebes. Aus dieser Sicht stellt Grell folgerichtig fest, daß der Wechsel des Inhabers nur als "Austausch eines Organs" oder eines "Funktionsträgers an wichtiger Stelle" anzusehen sei; denn der Betrieb müsse bei einem Inhaberwechsel der "ruhende Pol" bleiben, so daß es einer Übertragung der AV nicht bedürfe. Ein Wechsel des Betriebsinhabers berühre somit die AV grundsätzlich nicht, weil sie zum Betrieb gehörten, und weil der neue Betriebsinhaber in den bestehenden Betrieb eintrete.

Hieraus folgt für Grell zwangsläufig die Feststellung, daß dem neuen AG ein Anspruch auf Arbeitsleistung aller AN zusteht. Da ja der AN kündigen könne, ergebe sich hieraus für ihn auch keine Schlechterstellung. Naturgemäß gerät Grell in Schwierigkeiten bei AV mit langen Kündigungsfristen, wie sie insbesondere bei leitenden Angestellten üblich sind. Diesem Personenkreis billigt Grell

aber auch kein besonderes Kündigungsrecht zu. Dies wäre nach ihm auch schon deswegen nicht unbillig, weil der AN sich hier für eine bestimmte Dauer an den Betrieb gebunden habe.

Dieses Ergebnis erscheint im Hinblick auf § 613 Satz 2 BGB, auf den noch im einzelnen einzugehen sein wird, bedenklich. Hierbei ist insbesondere eine bedenkliche Tendenz zum "fabricae adscriptus" erkennbar, was vor allem bei Angestellten mit langen Kündigungsfristen am klarsten in Erscheinung tritt. Gerade diesem Personenkreis gegenüber erscheint diese Lösung von Grell darüber hinaus sozial auch wenig befriedigend. Derartige Verträge pflegen mit solchen AN geschlossen zu werden, bei denen aufgrund ihrer Tätigkeit (z.B. Ingenieure, Chemiker, Juristen) ein besonders geartetes Vertrauensverhältnis zum AG besteht. Ihnen dürfte es häufig, vor allem, wenn sie in leitender Stellung sind, nicht zumutbar sein, gegen ihren Willen oder ohne ihre Zustimmung in ein AV zu einem neuen Betriebsinhaber zu treten. Den Fall, wie diese Frage zu beurteilen wäre, wenn in einem solchen Vertrag - was in der Praxis bei diesem Personenkreis durchaus nicht selten ist - eine Konventionalstrafe für vorzeitiges Ausscheiden vorgesehen ist, erwähnt Grell nicht. Hier würde die oben angegebene Lösung besonders ungerecht und hart erscheinen. Ein solcher AN würde unter derartigen Umständen sogar gezwungen werden können, bei einem AG, mit dem er keineswegs harmoniert, gegen seinen Willen weiterzuarbeiten, dies obwohl kein echtes Vertrauensverhältnis zum neuen AG herstellbar ist. Hier zeigt sich wiederum, wie bedenklich es auch in sozialpolitischer Hinsicht ist, im Betrieb einen selbständigen anonymen

Organismus zu sehen, an welchen alle AV zwingend gebunden sein sollen, wobei die Persönlichkeit des AG und AN praktisch völlig ausgeschaltet wird.

Überhaupt nähert sich die These von Grell bezüglich der selbständigen rechtlichen Bedeutung des Betriebes in ihrem Ergebnis in bedenklicher Weise der Anerkennung eigener Rechtspersönlichkeit. Wenn Grell dies auch ausdrücklich ablehnt, so ist doch sein Ergebnis ohne eine derartige Anerkennung schlecht denkbar. Ferner verleiht er gleichzeitig dem Betriebsinhaber praktisch lediglich die Stellung eines Funktionärs und setzt sich damit eindeutig mit unserem heutigen bestehenden Wirtschaftssystem in Widerspruch, welches in seinem Rechtssystem allein von der - natürlichen oder juristischen - Person als Träger von Rechten und Pflichten ausgeht. Hierauf hat auch insbesondere das BAG [119] (ähnlich Böttticher) [120] mit überzeugender Begründung hingewiesen.

Grell teilweise ähnlich argumentiert Reinhardt [121] im Hinblick auf die rechtliche Stellung des Betriebes im Arbeitsrecht. Er vertritt die Auffassung, Arbeits- oder Mietverträge seien so eng mit dem Betrieb verbunden, daß sie gewissermaßen "notwendige Faktoren des laufenden Betriebes selbst" darstellen. Die Fortexistenz dieser Verträge könne nicht davon abhängig sein, ob der Betrieb in der Hand des bisherigen Inhabers bleibe. Es käme viel-

---

Anm.:

119) 26/5/55 - 2 AZR - 38/54 - AP No. 1 zu § 613 BGB

120) Festschrift S. 7

121) Anm. AP 50/109; NJW 1952/442, ebenso OVG Münster. Verw.Rspr. 5/185 (197)

mehr auf den "Funktionsträger" als solchen entscheidend an. Rechtliche Beziehungen bestünden unter diesem Gesichtspunkt daher mit dem jeweiligen Unternehmer als dem Funktionsträger. Reinhardt will also, von der Kontinuität des Betriebes ausgehend, das AV vom Wechsel des AG, den er lediglich als Funktionsträger ansieht, unberührt lassen. Abgesehen davon, daß der Ausgangspunkt von Reinhardt offenbar in der Hauptsache auf betriebswirtschaftlichen Erwägungen beruht, ist dieser Tendenz auch aus dem Grunde entgegenzutreten, weil er, ebenso wie Grell, im Betriebseigentümer einen Funktionsträger sieht.

Dasselbe gilt für Maus [122], welcher sich gleichfalls auf Funktionsnachfolge auf betrieblicher Ebene beruft.

In diesem Zusammenhang sei ergänzend bemerkt, daß die Ansicht von Reinhardt, transponiert auf das Problem des Dienstherrnwechsels bei Behörden und öffentlichen Verwaltungen (z.B. Übergang der Justizverwaltung auf die Länder) sowie des Fortfalls einer Behörde in der Rechtsprechung Anerkennung gefunden und in diesem Zusammenhang die sog. Funktionsnachfolge als eigenes Rechtsinstitut entwickelt hat [123]. Hiernach sollen die gleichen

---

Anm.:

122) a. a. O.

123) Reinhardt, NJW 52/441; Daübler, NJW 54/5; Loening, DRZ 46/129; BGHZ, 20/12/51; NJW 52/466; 1/10/52, BB 53/93; 21/5/53, NJW 53/1387; 9/7/53, NJW 53/1667; 10/7/53, NJW 53/1588; besonders eingehende Ausführungen vgl. Steinbömer

Rechtswirkungen wie bei einer Gesamtrechtsnachfolge eintreten. Es folgen danach also die Schulden nicht dem Vermögen, sondern den öffentlichen Aufgaben - den Funktionen -. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, hierauf in allen Einzelheiten einzugehen. Dieses Problem bedarf jedoch insoweit der Erörterung, als aus ihm etwa Folgerungen auf der betrieblichen Ebene im weiteren Sinne, d.h. auf Organisationen, welche im Rahmen der Betriebsidentität bereits behandelt wurden, gezogen werden müßten. Bei der Lehre von der Funktionsnachfolge ist davon auszugehen, daß sie sich in erster Linie darauf beruft, die staatliche Verwaltungstätigkeit dauere unabhängig von der Rechtsform und dem Bestand der ausübenden Behörde fort, und zwar wegen der sich aus dem Wesen eines Rechtsstaats ergebenden Notwendigkeit, gewisse Aufgaben - hier "Funktionen" genannt - zu erfüllen. Wie von Reinhardt beim Betrieb von dessen Kontinuität ausgegangen wird, so geht die Lehre von der Funktionsnachfolge von der Kontinuität der Funktionen aus. Außer diesen Argumenten ergibt sich für die Funktionsnachfolge ein weiterer Gesichtspunkt, auf welchen Steinbömer [124)] hinweist, und zwar die aus der Natur der öffentlichen Verwaltung resultierende Erwägung, daß jede "Zuständigkeit" aktive und passive Aufgaben im Sinne eines "engen und unlösbaren Zusammenhangs von Befugnissen und Rechten einerseits und Pflichten und Verbindlichkeiten andrerseits" in sich einschließt. Öffentliche Verwaltung ließe sich überhaupt nicht denken, wenn ihre Beziehungen auf ständigen Wechsel gestellt sein sollten. Der Gedanke der Kontinuität sei daher

---

Anm.:

124) S. 23

für die für jedes Gemeinwesen unumgänglich notwendige Verwaltung im Sinne der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht zu trennen von der Kontinuität der Rechtsverhältnisse, die zur Durchführung dieser Verwaltung eingegangen sind.

Der BGH hat jedoch offenbar auch gewisse Bedenken, ob die Funktionsnachfolge als allgemein gültiges Rechtsprinzip anzuwenden ist; denn sonst würde er nicht davon sprechen [125], daß es sich hierbei um eine "Hilfskonstruktion" handele, um dringende Ansprüche durchzusetzen, deren Befriedigung wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters nicht bis zum Erlaß eines Gesetzes aufgeschoben werden könne, ohne daß Berechtigte und Rechtsordnung Schaden erleiden. Hieraus ist ersichtlich, daß der Anwendungsbereich dieses Gedankens ausschließlich auf Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur beschränkt wird. Ferner ergibt dies in Verbindung mit dem weiteren Hinweis, dieser Gedanke sei verwendet in der Erwägung, daß in Fällen geholfen werden müsse, in denen dem Betroffenen aus sozialpolitischen Gründen ein längeres Zuwarten nicht zugemutet werden könne, daß der BGH diese Frage in erster Linie als durch den Gesetzgeber regelungsbedürftig ansieht, aus sozialpolitischen Erwägungen jedoch eine reine Billigkeitsentscheidung trifft, die ihm aus Gründen der Rechtsordnung - also mit Argumenten öffentlichrechtlicher Art - zweifelsfrei geboten erschien.

Die gleiche oder eine ähnliche Rechtslage und Interessenlage ist aber keineswegs bei der Frage

---

Anm.:

125) BGHZ 16/184

der privatrechtlichen Betriebsübernahme gegeben. Insbesondere können derart spezifisch öffentlich rechtliche Erwägungen in privatem Bereich des Arbeitsrechts keineswegs Platz greifen [126]. Beim Betrieb kann nämlich von einer zwangsläufigen Kontinuität der Aufgaben nicht die Rede sein. Bei einem Betrieb stellt sich der Unternehmer in der Regel selbst die Aufgabe, und es kommt grundsätzlich allein auf seinen Willen an, ob und inwieweit der Betriebszweck, also die "Aufgabe" fortgeführt wird oder nicht [127]. Der Auffassung von Reinhardt und Maus, der Gedanke der Funktionsnachfolge müsse bei der Betriebsübernahme Anwendung finden, kann daher auch aus diesen Gründen nicht gefolgt werden.

C. Möhring [128] empfiehlt bei der Sonderfrage der rechtlichen Behandlung der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft die Analogie zur Funktionsnachfolge. Er glaubt, daß angesichts der Grundsätze von Treu und Glauben die Anwendung auf die Sphäre des bürgerlichen Rechts nicht beschränkt bleiben könne, da diese Grundsätze als tragende Pfeiler

---

Anm.:

126) Steinbömer, S. 47 ff, 54 ff, 70; BGHZ 16/184 (188); BAG 17/10/57 - 2 AZR - 65/55, BB 58/375: Ausdehnung auf Dt. Rotes Kreuz; die öffentliche Funktion sei gegeben, weil es "dem öffentlichen Wohl diene". Dabei dürfte allerdings fraglich sein, ob nicht eine derartige Ausdehnung des Begriffs der öffentlichen Funktion als etwas weitgehend angesehen wird. Würden dann nicht die Mehrzahl aller caritativen Institutionen öffentliche Funktionen bekleiden? Eine m.E. bedenkliche Konsequenz.
- a.A. OLG Stuttgart NJW 54/5

127) Rappenecker BB 58/48

128) BB 54/632 (634)

unserer gesamten Rechtsordnung anzusehen seien. Bei den fraglichen Verbänden läge gleichfalls eine Nachfolge in die Tätigkeit, d.h. der eigentlichen Funktionen, vor. Ein Bedürfnis für eine berufsständische Vertretung der Wirtschaft sei, wie die jüngsten Erfahrungen zeigten, nach wie vor gegeben. Dieses Bedürfnis erschöpfe sich jedoch nicht in der reinen Interessenvertretung. Die Wirtschaftsverbände seien genau wie andere Vereinigungen "Komponenten des demokratischen Staats und ein wesentlicher Teil einer Wirtschaftsdemokratie". Es liege somit eine echte Funktion in ihrer Tätigkeit, und die in Verbänden tätigen AN seien "quasi Angestellte der Funktion", für die die Mittel aus der Wirtschaft durch die Gruppen bzw. durch die Verbände bzw. deren Mitglieder bereitgestellt würden und werden. Die AN leisteten ihre Arbeit nicht der Organisation um ihrer selbst willen, sondern im Interesse der Mitglieder im Rahmen einer volkswirtschaftlichen Notwendigkeit. Damit träten sie zu den Mitgliedern in "indirekte Beziehungen".

Diese Analogie erscheint m.E. bedenklich. Ganz abgesehen davon, daß der Hinweis auf Treu und Glauben in diesem Zusammenhang nicht verständlich erscheint, weisen auch die beiden Fälle, d.h. bei Hoheitsträgern und privatrechtlichen Verbänden der gewerblichen Wirtschaft - (das gleiche dürfte auch für solche Verbände gelten, denen vom Staat die Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zuerkannt ist) - andere tatsächliche und rechtliche Voraussetzungen auf, so daß damit das Moment der Rechtsähnlichkeit entfallen dürfte. Grundsätzlich sind die staatlichen Funktionen für das Bestehen eines Rechtsstaates wesensnotwendig und mithin zwangsläufig kontinuierlich, was aber bei Inter-

essenvertretungen privater Wirtschaftskreise keineswegs der Fall ist. Dort ist es sogar durchaus möglich, daß dieselben Aufgaben gleichzeitig von privatrechtlich organisierten Verbänden (z.B. Fachverbände) als auch von Körperschaften des öffentlichen Rechts, die die Vertretung desselben Interessenkreises darstellen, wahrgenommen werden (z.B. Industrie- und Handelskammern). Dabei sind auch Kompetenzüberschneidungen keineswegs selten. Die Auflösung eines solchen Verbandes hat nicht wesensnotwendigerweise zur Folge, daß die Interessen unbedingt von einer anderen Organisation vertreten werden müßten. Auch die Auflösung eines Verbandes für ein Teilgebiet - was beispielsweise im Augenblick der wirtschaftlichen Eingliederung des Saarlandes in die übrige Bundesrepublik aktuell geworden ist, da sich dort eine nicht unerhebliche Anzahl von Verbänden nur im Hinblick auf die bisherige faktische Eigenstaatlichkeit gebildet hatten - kann ohne weiteres den völligen Fortfall von Aufgaben, d.h. Funktionen zur Folge haben, was bei Hoheitsträgern jedoch undenkbar ist.

Bei den Vertretungen der Sozialpartner ist in tatsächlicher Hinsicht darauf hinzuweisen, daß es Gewerkschaften mit den verschiedenartigsten Zielsetzungen - politisch oder weltanschaulich gesehen - geben kann, wie dies bekanntlich insbesondere in der Weimarer Zeit der Fall war. Auch heute kennt man in Frankreich eine große Anzahl verschiedenartigst ausgerichteter Verbände. Es dürfte einleuchten, daß etwa beim rechtlichen Untergang eines dieser Verbände nicht zwangsläufig ein neuer oder ein bereits bestehender Verband wesensnotwendig die Aufgaben und vor allem die besondere Zielsetzung des alten Verbandes übernehmen müßte

Der Hinweis von Möhring, die Wirtschaftsverbände seien wesentlicher Teil der Wirtschaftsdemokratie, wobei er offenbar Art. 20 GG im Auge hat, überzeugt in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht, zumal die innere Ausgestaltung des Sozialstaats in dieser Richtung weder verfassungsmäßig noch gesetzlich eine hinreichend konkrete Form gewonnen hat.

Wenn auch, worauf Steinbömer [129] bezüglich der Sozialpartner zutreffend hinweist, diesen die Sozialversicherung, die Arbeitsverwaltung und weite Teile der Wirtschaftsverwaltung in immer größerem Maße überlassen ist, und sich damit innerhalb des Staates Mächtegruppen gebildet haben, welche als eine "politische Zwischenverbindung" zwischen den verfassungsmäßigen Institutionen des Staates und den gesellschaftlichen Kräften anzusehen seien, so läßt sich daraus immer noch nicht folgern, daß ihnen damit die kontinuierliche Beibehaltung ihrer Funktion wesensmäßig immanent ist; denn es liegt allein an dem freien Willen der Firmen bzw. der AN, ob sie einen solchen Verband bilden oder nicht, oder ob die gleichen Aufgaben nach Untergang des Verbandes weiterhin von anderen Verbänden übernommen werden sollen oder nicht. Aus diesen Gründen mußte daher auch ein Gesetz wie das über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11/1/52 [130] ergehen, nach welchem der Staat Arbeitsbedingungen dann festlegen kann, falls "Gewerkschaften oder Vereinigungen von AG für den Wirtschaftszweig oder die

---

Anm.:

129) S. 104

130) BGBl. I/S. 17

Beschäftigungsart nicht bestehen, oder nur eine Minderheit der AN oder AG umfassen" (§ 1 II, lit. a).

Darüber hinaus sei noch darauf hingewiesen, daß außer den AG-Verbänden selbst der einzelne AG ebenfalls als echter Sozialpartner anzusehen ist, und somit rechtlich für eine Koalition auf AG-Seite keine zwangsläufige Notwendigkeit besteht, da dieser gemäß § 2 I TVG als Einzelner tariffähig ist. Es wäre daher theoretisch durchaus denkbar, daß lediglich Firmentarife abgeschlossen würden, eine Entwicklung, die sich übrigens in den Vereinigten Staaten sogar als Prinzip durchgesetzt hat, und welche die Existenz von Verbänden für diesen Aufgabenbereich illusorisch machen würde.

Es bleibt demnach daran festzuhalten, daß der Gedanke der Funktionsnachfolge keineswegs analog auf Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, insbesondere auf die Sozialpartner Anwendung finden kann. Bei Fachverbänden ist dies umsoweniger möglich, als nicht einmal ein gesetzlicher Hinweis auf ihre Funktionen gegeben ist.

Steinbömer [131] gelangt bezüglich öffentlich-rechtlicher Verbände und Organisationen zu dem gleichen Ergebnis wie Möhring. Ihre Lösung beruht zwar ebenfalls auf dem in kurzen Zügen bereits wiedergegebenen Prinzip der Funktionsnachfolge, jedoch wird dieses rechtsdogmatisch entscheidend mit dem von v. Gierke [132] entwickelten Gedanken der "Verbands-

---

Anm.:

131) S. 71 ff (S. 99)

132) Genossenschaftstheorie, S. 864 ff

nachfolge" verknüpft und begründet. Es fragt sich daher, ob unter diesem neuen Gesichtspunkt die Lösung von Steinbömer gerechtfertigt erscheint.

Bei Beendigung eines Verbandes geht v. Gierke von dem Begriff der "sozialrechtlichen Sukzession" aus, die er auf Verbände einschließlich der des privaten Rechts, also auf alle juristischen Personen erstreckt. Diese "Sukzession" könne sich keinesfalls aus den Grundsätzen des Individualrechts ergeben. Hier läge eine "Sukzession" sui generis vor, welche "sich aufgrund der Lebensordnung der gesellschaftlichen Organismen und ihrer personenrechtlichen Zusammenhänge" vollziehe [133]. Zwar räumt v. Gierke ein, das "autonome Belieben" der hinter dem Verband stehenden natürlichen und juristischen Personen, also deren Wille stehe bezüglich der Rechtsfolgen bei Beendigung des Verbandes im Vordergrund. Dies sei aber nur scheinbar der Fall [134]. In Wahrheit ergäben sich vielmehr aus Gesetz und Gewohnheitsrecht mannigfache Rechtssätze, die dieses Prinzip in den Hintergrund drängten. Diese Sätze variierten nicht nur "nach der subjektiven Beschaffenheit der Verbandspersönlichkeit, sondern auch nach der objektiven Zweckbestimmung und mitunter zugleich nach der Herkunft des hinterlassenen Vermögens sowie überdies nach der Beendigungsart des Verbandslebens."

Diese Erwägungen von v. Gierke mögen zum besseren Verständnis der Problematik vorausgeschickt sein, um nun auf seinen Kernsatz näher einzugehen, auf

---

Anm.:

133) S. 859

134) S. 863

welchen Steinbömer das Schwergewicht ihrer dogmatischen Erörterungen legt.

Nach v. Gierke muß der "oberste Gesichtspunkt", von welchem das Recht bei "sozialrechtlichen Sukzessionen" ausgehe, in der zwischen der weggefallenen "Verbandsperson" und der übrigen Personenwelt bestehenden personenrechtlichen Zusammenhänge gesucht werden. Regelmäßig würde bei einer "sozialrechtlichen Sukzession" die Persönlichkeit des untergehenden "sozialrechtlichen Organismus" vom nunmehrigen Vermögensherrn "gewissermaßen in sich aufgenommen und mit der hierdurch verstärkten Persönlichkeit die leergewordene Stelle in dem Gesamtsystem der bürgerlichen Gesellschaft ausgefüllt;" denn ein solcher "sozialer Organismus" verschwinde nur in den seltensten Ausnahmefällen. Daraus folgert v. Gierke das Prinzip einer der "Verbandspersönlichkeit" wesenseigenen Rechtsnachfolge, der "Verbandsnachfolge".

Ihm folgt Steinbömer allerdings mit der Einschränkung, daß dies nach geltendem Recht für den Fall der Liquidation einer juristischen Person nicht gelten könne, weil dort nach ausdrücklicher positiv-rechtlicher Regelung lediglich ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch des Mitgliedes der juristischen Person bestehe und keine Rechtsnachfolge angeordnet sei [135].

Aus dem Wortlaut der Erörterungen von v. Gierke geht bereits eindeutig hervor, wie auch Steinbömer einräumen muß, daß dessen Theorie nur in Zusammenhang

---

Anm.:
135) S. 79, Anm. 24

mit der von Beseler begründeten, und von ihm entwickelten Lehre von der "realen Verbandspersönlichkeit" zu verstehen ist. Wie v. Gierke selbst an anderer Stelle betont, steht und fällt seine Konzeption von der Beendigung der Körperschaften und damit die "Verbandsnachfolge", je nachdem wie man zu dieser Grundlehre Stellung bezieht [136]. v. Gierke weist ferner ausdrücklich darauf hin, es sei nicht angängig, bei Verwerfung dieser Lehre gleichwohl zahlreiche Sätze zu entnehmen, die "doch nur in dem von ihr begründeten Zusammenhang ihre Basis und ihren Halt haben" [137]. Darüber hinaus ist auch aus den Erörterungen von v. Gierke in ihrem Zusammenhang ersichtlich, daß seine Schlußfolgerungen bezüglich der Verbandsnachfolge nur aus der Sicht der "realen Verbandspersönlichkeit" gezogen werden können. Die Ansicht von Steinbömer, es käme auf eine Stellungnahme zu dem Theorienstreit über das Wesen der juristischen Person nicht an, erscheint daher nicht folgerichtig.

Da die Lehre von der "realen Verbandspersönlichkeit" fast einhellig abgelehnt wird, sich vielmehr die Theorie der "Zweckpersonifikation", soweit ersichtlich, allgemein durchgesetzt hat [138], dürfte dem Gedanken der Verbandsnachfolge schon seinem Ausgangspunkt nach nicht zu folgen sein. Die heutige Doktrin sieht in der juristischen Person nicht wie v. Gierke ein eigenes Lebewesen, einen "sozialen Organismus", vielmehr eine spezielle

---

Anm.:

136) S. 8/9

137) S. 1

138) vgl. Ennecerus-Nipperdey § 103 (S. 401)

Schöpfung des positiven Rechts mit dem Ziel, einer durch die juristische Person "geeinten Willensmacht" auch die Ausübung der von Natur aus nur einer natürlichen Person zustehenden subjektiven Rechte - im Wege der Analogie - zu ermöglichen. In der juristischen Person wird nur die Bestimmung von Gütern oder die Gebundenheit von Personen für einen gewissen Zweck gesehen. Somit dürften Bedenken bestehen, die Lehre von der Verbandsnachfolge als dogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge anzusehen.

Dennoch ist, wenn man von den vorstehenden Bedenken einmal absieht, in der Verbandsnachfolge eine richtige Grundidee erkennbar. Zwar darf man dabei die Verbandsnachfolge, wie sie von v. Gierke aufgefaßt wird, nicht verallgemeinern, sie insbesondere nicht auf juristische Personen des Privatrechts erstrekken; denn, wie die Praxis zeigt, ist gerade dort eine entgegengesetzte Tendenz festzustellen. Völlige Auflösung der juristischen Person bildet die Regel, es sei denn, daß bei Aktiengesellschaften eine Fusion vereinbart wird. Andrerseits darf aber auch nicht der einer Fusion zugrundeliegende Rechtsgedanke mit der Verbandsnachfolge in Zusammenhang gebracht werden, wie auch Steinbömer [139] mit Recht betont; denn nach der Fusion ist die Weiterverfolgung der bisherigen Zweckbestimmung grundsätzlich nicht gewährleistet. Der richtige Kern der Lehre von v. Gierke über die Verbandsnachfolge ist dann zu erkennen, wenn man sie ausschließlich auf die Ebene hoheitlicher Funktionen verlagert, wie ja auch die Rechtsprechung grundsätzlich auf dieses

---

Anm.:

139) a.a.O.

Kriterium abstellt. Dieses Prinzip hat, abgesehen von der Funktionsnachfolge, auch in andrer Weise, und zwar - worauf Steinbömer ebenfalls zutreffend hinweist - in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Eingemeindung Anerkennung gefunden [140]. In diesem Zusammenhang weist das Kammergericht überzeugend darauf hin, daß der Vermögensübergang die "notwendige privatrechtliche Folge des einheitlichen öffentlichrechtlichen Eingemeindungsaktes" sei. Auch v. Gierke scheint diese zu billigende Erkenntnis zugrunde zu liegen, wenn man ihn unter Berücksichtigung der erwähnten notwendigen Beschränkungen nur dahingehend versteht, daß Hoheitsfunktionen nicht untergehen können, und daß beim Übergang einer solchen Funktion auch zwangsläufig Rechte und Pflichten, die mit ihr in untrennbarem Zusammenhang verknüpft sind, auf den Nachfolger übergehen müssen.

Soweit Steinbömer den Gedanken der Funktionsnachfolge auch auf den Bereich der Verbände und Organisationen der Wirtschaft ausgedehnt wissen möchte, ist ihre Auffassung aus den gleichen Gründen abzulehnen, die bereits bei der Kritik zur Stellungnahme von Möhring zu diesem Problem erörtert wurden.

Ferner sei noch Brecher [141] den Vertretern der These von der Erhaltung der Rechtsstellung der AN beim Inhaberwechsel zugerechnet, wenn dieser auch zu dem Ergebnis eines Vertragseintritts "uno actu und ex lege" gelangt [142]. Er geht nämlich mit

---

Anm.:

140) RGZ 87/284; KG (JFG) 41/213

141) in Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 181 ff (234)

142) S. 226

eingehender Begründung davon aus, das Schuldverhältnis sei ein "Organisationsverhältnis", und schreibt den Parteien des AV eine Art mitgliedschaftliche Stellung zu, obwohl er andrerseits die Nachfolge in das AV nicht aus einer Mitgliedschaft in der Betriebsgemeinschaft oder Belegschaft hergeleitet wissen will [143]. Die Frage nach der sich anbietenden Lösung, ob im AV gewissermaßen ein "Status personenrechtlicher Mitgliedschaft" oder eine "Teilhabe im schuldrechtlichen Spannungsfeld" zu sehen ist, wird von ihm nicht eindeutig beantwortet. Bei einer solchen Betrachtungsweise ist im Ergebnis wohl anzunehmen, daß Brecher die Vertragspartner des AV als jederzeit auswechselbar ansieht, womit man sich letzten Endes der bereits abgelehnten These von Molitor nähern würde.

Da die bisherigen Erörterungen ergeben haben, daß die Beibehaltung der Identität des Betriebes nicht allein ausreicht, Vertragsbeziehungen zwischen neuem AG und den bisherigen AN herzuleiten [144], ist nunmehr zu untersuchen, ob und inwieweit das Gesetz Möglichkeiten eines ipso-jure Vertragsüberganges bietet. Es sei an dieser Stelle bereits vorweggenommen, daß dann, wenn das gesamte Vertragsverhältnis ipso-jure - wie etwa bei § 571 BGB - auf den neuen AG übergehen würde, ein etwa entgegenstehender Wille des AG durch das Gesetz überlagert und damit als unbeachtlich anzusehen wäre.

Vielfach sind in diesem Zusammenhang Ausführungen über Anwendung des § 419 BGB und § 25 HGB mißver-

---

Anm.:

143) S. 232

144) so auch BAG 20/3/58 - 2 AZR 247/55 - AP 2 zu § 419 BGB

ständlich. Die Bedeutung dieser Bestimmungen erscheint daher im Rahmen der Betriebsübernahme klärungsbedürftig. So meint Grell [145], von einer Anzahl Autoren [146] und in der Rechtsprechung [147] werde die Ansicht vertreten, aus diesen Vorschriften ergebe sich der zwingende Eintritt des Betriebserwerbers in die AV. Würde dies zutreffen, so würden sich § 419 BGB und § 25 HGB als Tatbestände echter Gesamtrechtsnachfolge darstellen [148]. § 419 BGB und § 25 HGB ähneln jedoch nur in etwa unter gewissen Voraussetzungen in ihren Rechtswirkungen einer Gesamtrechtsnachfolge. Abgesehen davon, daß Grell offenbar die von ihm zitierten Autoren und Urteile mißversteht, die von einem gänzlich anderen Gesichtspunkt ausgehen, indem sie es auf den Zeitpunkt erst nach der Vermögensübertragung bzw. Firmenfortführung, also auf die bereits übernommenen AV

Anm.:

145) S. 123 ff

146) Hueck-Nipperdey (Voraufl.) I/294, Dersch, APrax 30/181; Staudinger-Nipperdey, Anm. 22 zu § 613; Denecke BB 50/679; Rewolle Betr. 50/402, Ermann BGB Anm. 3 c zu § 613

147) RAG, JW 33/1550 (16/3/32); LAG München 20/12/49 BB 51/418; LAG Hannover 1/8/49, ARSt III/426; LAG Hamm a.a.O.; LAG Stuttgart a.a.O.

148) so offenbar LAG Bremen 4/4/51, AP 52/50; LAG Stuttgart 20/7/51, BB 51/955; Arb. Ger. Flensburg 16/5/52, ARSt. VIII/531

abstellen, ist bisher mit Ausnahme der zuletzt erwähnten Entscheidungen nicht die Meinung vertreten worden, daß hier Fälle von Gesamtrechtsnachfolge gegeben sind.

Es fragt sich aber andrerseits, ob §§ 419 BGB, 25 HGB nicht als besondere Fälle eines ipso jure Übergangs eines Schuldverhältnisses anzusehen sind. Nach § 419 BGB haftet derjenige, der das Vermögen eines anderen übernimmt, dessen Gläubigern mit dem Bestand des übernommenen Vermögens, ohne diese Haftung durch eine mit den früheren Schuldnern getroffene Vereinbarung ausschließen bzw. beschränken zu können. Eine Bestimmung wie die des § 419 BGB mußte zum Schutz des Verkehrs deswegen angeordnet werden, da eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Übertragung eines Vermögens als solchen dem BGB fremd ist, dieses vielmehr nur die Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände in den jeweils vom Gesetz festgelegten Formen kennt, die Gläubiger sich mithin sonst am übernommenen Vermögen nicht ohne weiteres schadlos halten können. Ratio dieser Bestimmung ist mithin, dem Gläubiger sein bisheriges Haftungsobjekt für seine Befriedigung zu erhalten.

Bei der Vermögensübernahme des § 419 BGB genügt bereits, daß die übernommenen Gegenstände "nahezu" das Gesamtvermögen oder "so gut wie das ganze" Vermögen des Veräußerers ausmachen [149]. Der Ausschluß einzelner Vermögensstücke ist dabei unerheblich, falls ihr Wert nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten

---

Anm.:

149 RGZ 154/375; 160/13

im Verhältnis zum Ganzen unbedeutend ist [150]. § 419 BGB kann auch für einen Betrieb gelten, falls dieser das gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht, was aber in der Praxis erfahrungsgemäß nur in sehr seltenen Ausnahmefällen vorkommt.

Bei einer Vermögensübertragung einer AG oder KGaA, die nach ausdrücklicher Vorschrift keine Gesamtrechtsnachfolge darstellt, kann § 419 BGB jedoch durchaus aktuell werden; denn wenn unter den gesetzlichen Voraussetzungen im übrigen lediglich einige AV entsprechend dem Veräußerungsvertrag nicht mitübernommen sind, kann dennoch der Tatbestand des § 419 BGB erfüllt sein.

Es stellt sich jedoch das Problem, ob die Vorschrift des § 419 BGB im Zusammenhang mit der Frage, ob danach ein AV übergehen kann, überhaupt paßt, mit anderen Worten, ob hierdurch ein Übergang der gesamten bisherigen Rechtsbeziehungen zwischen AN und Veräußerer auf den Erwerber gesetzlich statuiert wird. Diese Frage ist eindeutig zu verneinen; denn, wie bereits hervorgehoben, dient § 419 BGB allein dazu, dem Gläubiger sein bisheriges Haftungsobjekt auch beim Betriebserwerber zu erhalten bzw. zu sichern. Zu diesem Zweck wird hier ausdrücklich eine kumulative Haftung für Verbindlichkeiten begründet [151]. Dies kann sich beim AV nur auf die Lohnforderungen der AN beziehen. Es kommt also nicht darauf an, ob der betreffende AN übernommen wurde oder nicht. Auch der nichtübernommene AN kann sich bezüglich seiner rückständigen Lohnforderungen gegenüber dem Veräußerer

---

Anm.:

150) RGZ 139/203; st. Rsp.

151) Böttcher, S. 9

in gleicher Weise an diesen sowie ebenfalls an den Betriebserwerber halten. Nicht mehr und nicht weniger beinhaltet diese Gesetzesvorschrift in bezug auf das AV.

Mitunter wird auch die Ansicht vertreten, § 419 BGB könne auf das AV überhaupt keine Anwendung finden [152], da diese Bestimmung ihrem Sinn und Zweck entsprechend nur einen Verkehrsschutz darstelle, welcher auf "gemeinschaftsbezogene" Rechtsverhältnisse wie das AV nicht passe. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Es ist kein innerer Grund ersichtlich, weshalb der AN als Gläubiger seiner Lohnforderung etwa schlechter dastehen sollte als die übrigen Gläubiger, zumal ihm ja der Veräußerer für die in seiner Person begründeten Lohnansprüche verhaftet bleibt, falls der AN nicht etwa einer befreienden Schuldübernahme (§§ 414 ff BGB) seine Zustimmung erteilt [153].

§ 25 HGB stellt einen analogen Fall des Verkehrs- bzw. des Gläubigerschutzes dar. Durch § 25 HGB wird eine unmittelbare Beziehung des Gläubigers (AN) zum Geschäftserwerber hergestellt, der ebenso wie bei § 419 BGB als neuer Schuldner neben den Geschäftsveräußerer tritt. Ferner wird durch diese Vorschrift gleichzeitig ein unmittelbares Verhältnis des Schuldners (d.h. des AN bezüglich seiner Arbeitspflicht) zum Erwerber hergestellt, dies allerdings unter der zusätzlichen Voraussetzung, daß der Veräußerer in die Firmenfortführung einwilligt. Diese Rechtsfolgen treten selbst dann ein, falls im Ver-

---

Anm.:

152) Oppikofer, S. 217, Anm. 17 a.E.; a.A. RAG in IW 1933/1550, Nr. 5, 1937/1171, Nr. 38 zu § 25 HGB; Bötticher, a.a.O.; BAG 26/5/55 zu § 25 HGB - 2 AZR 38/54 - in AP Nr. 1 zu § 613 BGB

153) RAG 16/3/32, ARSlg 14/356 zu § 25 HGB

äußerungsvertrag ein Passivenübergang nicht vereinbart wurde [154]. Die ratio dieser Bestimmung ist darin zu sehen, daß in der Fortsetzung des Geschäfts unter der bisherigen Firma eine an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung des neuen Inhabers zu ersehen ist, für die bisherigen Geschäftsschulden haften und die bisherigen Verpflichtungen übernehmen zu wollen. [155] Die Haftung und der Eintritt in die Verpflichtungen ergibt sich also aus der Rechtsscheinwirkung, die aus der formalen Tatsache der Geschäftsübernahme und Weiterführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma folgt [156]. Zu den Geschäftsschulden gehören entgegen Grell [157] nach richtiger Ansicht auch die Lohnschulden, und zwar aus den gleichen Erwägungen wie zu § 419 BGB [158]. Ist im Falle des § 25 HGB dagegen die Nichtübernahme dieser Verbindlichkeiten vereinbart, so kann sich der Erwerber dadurch befreien, daß er diesen Teil der Vereinbarung ins Handelsregister eintragen läßt oder den betroffenen AN hiervon unmittelbar Mitteilung macht. Übernimmt der Erwerber auf diese Weise Ansprüche aus den AV nicht, so tritt er nicht in Rechtsbeziehungen zu diesen AN. Aus § 25 HGB ergibt sich also ebensowenig eine Verpflichtung für den neuen AG, mit dem AN das AV forzusetzen; es steht vielmehr in seinem Ermessen, welche AN er übernehmen will und welche nicht, sofern er nur die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

Anm.:

154) vgl. Staub-Bondi, Anm. 8 B.a. zu § 25 HGB; Schlegelberger Anm. I 2 zu § 25 HGB

155) RGZ 149/28

156) RGZ 169/137

157) a.a.O., desgl. Meisinger, NZ f.A. 1924/522 ff

158) RAG a.a.O.; BAG, 26/5/55 - 2 AZR - 38/54 -, AP No. 1 zu § 613 BGB; Schlegelberger, Anm. 11 zu § 25 HGB

Ergänzend sei zu dieser Frage noch darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung mit Recht zum Schutz der AN gefordert hat, daß die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen mit dem Ziel der Nichtübernahme ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen haben, damit sich nach den Anschauungen des Verkehrs nicht zwischenzeitlich die Meinung bilden kann, der Eintritt in die AV sei nach den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt. Darüber hinaus kann eine Beseitigung der Haftung dann nicht mehr in Betracht kommen, wenn der Erwerber durch Entgegennahme der Dienste der AN oder durch sonstige schlüssige Handlungen den Willen zur Fortsetzung zum Ausdruck gebracht hat [159].

In der Rechtsprechung hat bisher als einziges Gericht, soweit ersichtlich, das LAG Mannheim [160] bei Betriebsübernahme dem AN einen Rechtsanspruch auf Übernahme zuerkannt. Es weist zunächst auf den Rechtsscheingedanken hin und vertritt die Auffassung, daß, falls bei einer Betriebsveräußerung der wesentliche Bestand an betriebsgebundenen AN vom Erwerber übernommen, zwischen ihm und dem Veräußerer Gegenteiliges nicht vereinbart und im Betrieb nicht in der üblichen Form kundgemacht sei, ein Rechtsschein gesetzt worden wäre. Der Erwerber müsse sich dabei so behandeln lassen, als ob er alle AV übernommen hätte. Es komme nicht auf den Parteiwillen zwischen Erwerber und Veräußerer an, sondern allein darauf, daß objektive Tatbestände zwischen ihnen gesetzt seien. Das LAG muß allerdings zugeben, daß

Anm.:

159) RAG v. 16/3/32 in ARSlg 14/356 ff; LAG Hannover 1/8/49, ARSt III/426

160) 30/11/51, BB 52/259 mit Anm. des Vorsitzenden der erkennenden Kammer; = AP 52/228 mit Anm. v. Nikisch

die Übernahme von AV dann scheitern würde, wenn ausdrücklich ein Widerspruch erfolgt sei, und hält dieses Ergebnis für unzureichend. Um die Widerspruchsmöglichkeit auszuräumen und damit den Übergang der AV in jedem Fall zu gewährleisten, wählt das LAG die Analogie zum Gesichtspunkt der Vermögensübernahme gemäß § 419 BGB mit der Begründung, ein AN könne nicht schlechter gestellt werden als die übrigen Gläubiger. Erwägungen über Rechtsähnlichkeit zwischen der Betriebsübernahme und dem Tatbestand des § 419 BGB werden in diesem Zusammenhang vom Gericht nicht angestellt, sondern es wird in eingehender Begründung hervorgehoben, daß der Betrieb unter den heutigen Umständen als eine "besondere Rechtssphäre" anzusehen sei, die in verschiedener Hinsicht, insbesondere beim modernen Kündigungsschutzrecht in das AV rechtsgestaltend eingreife. Das Urteil gibt zu erheblichen Rechtsbedenken Anlaß.

Bereits die übermäßige Verallgemeinerung des Rechtsscheingedankens erscheint fragwürdig. Das Gesetz kennt zahlreiche Tatbestände, bei welchen lediglich aufgrund eines gesetzten Rechtsscheines zum Schutz des guten Glaubens und der Rechtssicherheit sich derjenige, der diesen Rechtsschein veranlaßt hat, so behandeln lassen muß, als ob er das betreffende Rechtsgeschäft tatsächlich - ausdrücklich oder stillschweigend - abgeschlossen hätte. Klassische Beispiele hierfür sind die Tatbestände der §§ 171, 172 BGB, aus denen Schrifttum und Rechtsprechung in Verbindung mit ähnlichen, das Vertrauen auf den veranlaßten Rechtsschein schützende Vorschriften (z.B. § 56 HGB - Ladenangestellter -, § 370 HGB (Quittungsüberbringer)) im Wege der Rechtsanalogie das allgemeine Prinzip abgeleitet haben, daß derjenige, der den Rechtsschein einer Vollmacht oder Ermächtigung veranlaßt, sich

gegenüber gutgläubigen Dritten nach Treu und Glauben so behandeln lassen muß, als ob er tatsächlich Vollmacht oder Ermächtigung habe [161]. Auf ein Verschulden kommt es dabei nicht an, sondern allein darauf, ob der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte annehmen durfte, daß der Vertretene das Verhalten des Vertreters kannte und duldete. Bei Betriebsübernahmen liegen, zumal diese erfahrungsgemäß die verschiedenartigsten Gestaltungen im Einzelfalle aufweisen, gänzlich andersartige Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht vor. Auch kann hier kaum als Begründung die Rechtssicherheit als entscheidend herangezogen werden. Schon aus diesem Grunde kann die Übernahme des Rechtsscheinprinzips hierauf nicht gutgeheißen werden, ganz abgesehen davon, daß es nicht angängig ist, ein allgemeines Prinzip des Rechtsscheins für das geltende Recht anzuerkennen. Dies hieße, wie Nipperdey [162] mit Recht betont, den Schein regelmäßig über das rechtliche Sein zu stellen.

Der Weg des LAG Mannheim über die Analogie zu § 419 BGB erscheint insbesondere bedenklich. [163] Einmal bedeutet dies insofern eine Verkennung des Rechtscharakters dieser Gesetzesbestimmung, als, wie bereits dargelegt, hierdurch keineswegs ein Vertragsübergang statuiert wird, vielmehr lediglich für einen Teil des Schuldverhältnisses (Lohnzahlungspflicht des AG) die Haftung eines neuen Schuldners neben dem alten eintritt. Es fehlt mithin völlig an einer

---

Anm.:

161) RGZ 170/284-st. Rspr.-; BGHZ 5/112; BGHZ (NJW) 1951/309; Enneccerus-Nipperdey, § 184 II

162) Enneccerus-Nipperdey, § 80

163) Hörnig, a.a.O.; LAG Frankfurt 18/2/52, SAG 52, Nr. 59

geeigneten Analogiebasis, abgesehen davon, daß durch § 419 BGB ein spezieller gesetzlicher Ausnahmetatbestand geschaffen ist, welcher einer Verallgemeinerung nicht fähig ist.

Das RAG, welches klar zu erkennen gegeben hat [164], daß der Tatbestand der Betriebsübernahme ("Rechtsnachfolge in diesem Sinne", d.h. i.S. Des § 2 AngKSchG) keineswegs ein mit dem Tatsächlichen (Übernahme bei Wahrung der Identität) verknüpftes Recht sei, es sich um kein "am Betrieb hängendes Recht" [165] handele, hat in einem Fall im Ergebnis eine Tendenz in Richtung Vertragsübergang ex lege anklingen lassen [166]. In diesem zur Entscheidung stehenden Fall war der Urlaubsanspruch allein in der Person des Konkursverwalters begründet, und der Erwerber hatte die bisherigen Vertragsverpflichtungen nicht übernommen. Dennoch wurde der Betriebserwerber zur Urlaubsabgeltung verurteilt, und zwar u.a. mit der Begründung (allerdings als Hilfserwägung; denn die Verurteilung beruhte in erster Linie auf dem Wortlaut der einschlägigen TO), der Urlaub sei in erster Linie eine Folge der Betriebszugehörigkeit und entspringe erst in zweiter Linie der vertraglichen Gebundenheit mit dem jeweiligen AG. Dersch weist in Anm. zu diesem Urteil darauf hin, entscheidend sei das AOG, durch welches die Betriebsgemeinschaft ihre Verkörperung gefunden habe. Der Urlaubsanspruch müsse in dieser Beziehung als ein "gemeinschaftsgebundener Anspruch" angesehen werden, da die Fürsorgepflicht sich aus dieser Gemeinschaft ergebe.

Anm.:

164) vgl. 5/10/30, ARSlg 30/296

165) RAG, ARSlg 21/87; 22/77; 23/127; zustimmend Nipperdey in Anm. RAG, ARSlg 21/72)

166) 19/1/38, ARSlg 32/95

Angesichts dieser Gedankengänge ist nicht zu verkennen, daß unter der Herrschaft des AOG als besonderer Rechtsquelle sich eine derartige Erkenntnis für einen Vertragsübergang ex lege allenfalls halten ließe. Nur so erscheint erklärlich, daß auch Nipperdey [167] den zwangsweisen Eintritt des Erwerbers in die laufenden AV bejaht hat, zumal er sich hierbei ausdrücklich auf das AOG beruft. Inzwischen hat er jedoch seine Meinung vom ipso-jure Übergang des AV aufgegeben [168]. Heute ließe sich eine solche Meinung der betriebs- oder betriebsgemeinschaftsgebundenen AV nur dann halten, wenn man von einer Personifizierung des Betriebes ausgehen würde, eine Meinung, die bereits abgelehnt wurde.

Auch Dietz [169] hat sich für einen ipso-jure Übergang der AV ausgesprochen. Er verweist insbesondere auf § 90 AVE - auf den noch in anderem Zusammenhang einzugehen sein wird -, welcher bereits den zwingenden Eintritt des Erwerbers in die laufenden AV vorsah, sowie auf die wiedergegebene, ursprüngliche Auffassung von Nipperdey und vertritt den Standpunkt, daß die im Entwurf zum Ausdruck gekommene Entwicklung keineswegs abgerissen, sondern "verstärkt durchgeführt" worden sei. Er legt hierbei den Schwerpunkt auf die moderne Betriebsverfassung. Der im BVG verankerte Schutz des AN müsse erhalten bleiben. Entscheidend sei, daß man das EinzelAV nicht mehr isoliert, sondern in "die betriebliche Gemeinschaft eingebettet" zu betrachten habe. Nur so würde der Kündigungsschutz des AN nicht durchbrochen.

Anm.:

167) Staudinger-Nipperdey, 10. Aufl., Anm. 22 zu § 613 BGB, a.A. in Neuauflage, 1958, Anm. 22

168) in "Tradition und Fortschritt", Nr. 7 der Schriftenreihe der Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalens, S.35

169) AP 52/263; BVG, § 1, Anm. 69

im übrigen sei der zwingende Übergang eines Vertragsverhältnisses dem Gesetz durchaus geläufig, wie dies die Bestimmung des § 571 BGB zeige.

Den sich hierbei sogleich aufdrängenden Gedanken einer Art mitgliedschaftlichen Rechts als Ausfluß des BVG weist Dietz ausdrücklich zurück. Auch wendet er sich dagegen, den Betrieb personifiziert als Anspruchsgegner anzusehen. Die Erwägungen von Dietz lassen jedoch ähnliche Bedenken aufkommen wie hieran anklingende Gedankengänge von Grell, der ebenfalls das Vertragsrecht vom Betriebsverfassungsrecht überlagert sein läßt. Jedenfalls bietet m.E. das BVG keinen geeigneten Ansatzpunkt zu der Betrachtungsweise von Dietz, insbesondere keine gangbare Rechtsquelle für einen ipso-jure Übergang der AV. Es wäre zu weitgehend, vom Betriebsverfassungsrecht auf ein gesetzlich verankertes Betriebszugehörigkeitsrecht schließen zu wollen; zu diesem Ergebnis müßte man nämlich letzten Endes bei Billigung seiner Ansicht gelangen. Nikisch begründet, wie bereits angedeutet, den Übergang der AV neuerdings mit einem Analogieschluß zu § 571 BGB (§ 581 II BGB, mit einem Hinweis auf weitere Tatbestände des zwingenden Vertragseintritts in §§ 69 I, 151 II VVG) [170]. Einleitend bringt er Bedenken sozialpolitischer Art und weist besonders eindringlich darauf hin, daß bei Verneinung des zwingenden Eintritts in die AV und der damit dem Betriebserwerber eingeräumten Möglichkeit, die Übernahme des AN abzulehnen, dieser schlechter als ein ohne Grund Entlassener dastehe, und dies selbst bei längerer Dienstzeit. Zwar könne

---

Anm.:

170) S. 543 ff

er sich normalerweise wegen seines Lohnes noch eine Zeit lang an seinen bisherigen AG halten, verlöre aber dann unweigerlich seinen angestammten Arbeitsplatz und die damit verbundenen Rechte und Anwartschaften. Ferner deutet er in diesem Zusammenhang den Tatbestand des "originären" Betriebserwerbs an. Lehne man seine These des ipso-jure Übergangs der AV ab und fordere eine rechtsgeschäftliche Übertragung des AV, so sei dies in diesem Falle nicht einmal durchführbar, weil zwischen Vorbesitzer und Erwerber Vereinbarungen niemals getroffen werden könnten.

In rechtlicher Hinsicht geht Nikisch davon aus, daß zwischen der Betriebsveräußerung beim AV und dem Grundstückserwerb beim Mietverhältnis eine "auffallende Ähnlichkeit" bestehe. Hier wie dort liege ein Dauerverhältnis vor, das mit einem bestimmten Substrat (Betrieb, Grundstück) verknüpft sei. In beiden Fällen werde vorausgesetzt, daß sich das Rechtsverhältnis schon im Zustand der Erfüllung befinde (Aufnahme des AN in den Betrieb, Überlassung der Mietsache an den Mieter). Hier wie dort sei es geboten, einen Beteiligten davor zu schützen, daß dem Dauerverhältnis durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung des anderen Teils der Boden entzogen werde. Der Erwerber trete kraft Gesetzes in die Mietverhältnisse ein und könne nur nach Maßgabe des MschG kündigen. Zusammenfassend folgert Nikisch, daß, falls die Verfasser des BGB bereits den Betrieb so wie heute gesehen hätten, sie zweifellos den AN nicht schlechter gestellt hätten als den Mieter, wie ja auch späterhin beide in ähnlicher Weise gegen Kündigungen geschützt worden seien. Es geht hier also um einen Analogieschluß ad maius.

Was die von Nikisch gegebenen sozialpolitischen Hinweise anbetrifft, so sind diese ohne weiteres einleuchtend; ob dieses sozialpolitische Thema nicht aber u.U. unter umfassenderen sozialen Gesichtspunkten zu verstehen ist, soll noch an anderer Stelle eingehend erörtert werden.

In rechtlicher Hinsicht dürfte es zweckmäßig erscheinen, sich mit seiner These über den Analogieschluß erst in Verbindung mit der von Bötticher [171] vertretenen Auffassung auseinanderzusetzen, da dieser unter Hinweis auf ihn die Anknüpfung an diese Gesetzesbestimmung aus dem Bestandschutzprinzip rechtfertigt und dabei die von Nikisch aufgeworfene Problematik durch weit ins Einzelne gehende Erörterungen vertieft hat.

Bötticher [172] befaßt sich einleitend eingehend mit der Rechtsnatur des § 571 BGB und sieht dieses Prinzip hierbei dadurch verwirklicht, daß neben dem Mieter, der sich bereits durch langfristigen Vertrag selbst einen solchen Schutz geschaffen habe, auch derjenige mit einem Mietverhältnis auf unbestimmte Dauer insofern verstärkt geschützt werde, als der Erwerber gezwungen sei, die "Ablehnung" des Mieters in die Form der Kündigung zu kleiden. Darin liege schon "ein wenngleich bescheidener" Bestandsschutz. Eine Analogie zu § 571 BGB würde sich daher nach ihm lediglich dahingehend auswirken - und hier spielt Bötticher wohl auf das Argument von Nikisch an -,

---

Anm.:

171) Festschrift für Nikisch, S. 1 ff

172) S. 11 ff.

daß die eigentlichen Nutznießer beim AV die wirtschaftlich stärkeren AN, und zwar die mit langen Verträgen seien, während es andrerseits, rechtlich zu begründen, schwerfalle, etwa ein Vorstandsmitglied einer juristischen Person von diesem Bestandsschutz auszunehmen. Diese Argumentation erscheint ohne weiteres einleuchtend. Es dürfte also unter diesen Umständen ein Analogieschluß ad maius allein, wie er von Nikisch vertreten wird (wenn auch mit gewisser Andeutung des Kündigungsschutzes), rechtlich als Basis kaum ausreichen, und es fragt sich, ob diese nicht etwa in Verbindung mit einem zusätzlichen Rechtsgedanken als geeignetes Fundament dennoch Verwendung finden kann.

In diesem Zusammenhang hat nun Bötticher den entscheidenden Hinweis auf § 1 Abs. 4 MSchG gebracht. Durch diese Bestimmung des "technischen Mieterschutzes" wird § 571 BGB nämlich insofern überlagert [173], als nunmehr alle "Ablehnungen" eines Mieters nur in Form der Aufhebungsklage geltend gemacht werden können. Mit Recht weist Bötticher weiter darauf hin, daß der Schutz des § 1 Abs. 4 MSchG nicht anders als durch die Konstruktion eines Eintritts des Erwerbers in die Mietverhältnisse gewährt werden könne. Diesen Grundgedanken des Gesetzes empfiehlt er für die Analogie. Der Bestandsschutz des wirtschaftlich Schwächeren dränge, wie es das Gesetz zeige, auf Lückenlosigkeit. Das bedeute, daß der Wechsel desjenigen, der als Inhaber des notwendigen sachlichen Substrats (Mietgrundstück, Betrieb) in der Lage sei, die Rechtsverhältnisse praktisch bei Bestand zu halten, keinen Anlaß bieten

---

Anm.:

173) "Dem Vermieter steht gleich, wer nach dem Abschluß des Mietvertrages das Eigentum an dem Grundstück erwirbt".

dürfe, die kontrollierte Kündigung durch freie Ablehnung verdrängen zu lassen. Hierbei bietet sich Bötticher folgerichtig als gesetzlicher Anknüpfungspunkt der "Kündigungsschutz im technischen Sinne", d.h. der AN-Kündigungsschutz an.

Übrigens hatte Bötticher schon vorher [174] darauf hingewiesen, daß ebenso wie beim Kettenarbeitsvertrag auch bei der Betriebsübernahme die Ablehnung der Weiterbeschäftigung unter gerichtlicher Kontrolle stehen müsse, wenn man dem Sinn und Zweck des KSchG gerecht werden wolle; doch handelte es sich hierbei lediglich um andeutende Hinweise, die erst in der Festschrift für Nikisch ihre tiefe dogmatische Fundierung gefunden haben.

Angesichts der gewählten Analogiebasis gelangt er zu dem Ergebnis, daß der Erwerber eines Kleinbetriebes (§ 21 Abs. 1, Satz 2 KSchG) in der Auswahl der zu übernehmenden AN frei bleibt. Bezüglich des zu übernehmenden Personenkreises stellt er auf den Betrieb ab, der dem Kündigungsschutz unterfällt. Nach ihm werden daher Neulinge, Jungarbeiter und leitende Angestellte geschützt: Bei ihnen sind gesetzliche und tarifliche Kündigungsfristen einzuhalten, d.h. man kann sie nicht einfach ablehnen ("absoluter Schutz"), während sie den "relativen Schutz" gegen sozialwidrige Kündigungen folgerichtig insofern nicht genießen können, als man dadurch die Analogiebasis verlassen und zu einer nicht vertretbaren Gesetzesausweitung gelangen würde. Etwa vertraglich selbst geschaffenen Bestandsschutz (langfristige Dienstverträge z.B. bei leitenden

---

Anm.:

174) Mitteilungen des Dt. Arbeitsgerichtsverbandes e.V., No. 13/1955

Angestellten) braucht der Erwerber nicht zu berücksichtigen; diesbezüglich kann sich der AN lediglich an den Veräußerer halten, der mit ihm diesen Vertrag geschlossen hat.

Falls man sich die These vom ipso jure Übergang des AV zu eigen macht, so scheint diese Lösung die einzig praktikable und rechtlich vertretbare zu sein; denn die übrigen, ebenfalls auf den Bestandsschutz hinweisenden Autoren wie Olberdorf [175] und Grell [176], welche diesen Gedanken noch zusätzlich mit dem Gesichtspunkt der Sozialstaatlichkeit in Verbindung bringen, lassen eine entsprechende dogmatische Tiefe vermissen. Die einfache Bezugnahme auf den Bestandsschutz erscheint keinesfalls ausreichend; denn es dürfte fraglich sein, ob dieser Begriff - ohne den von Böttticher gegebenen Anknüpfungspunkt - bereits einen genügend konkreten Inhalt aufweist.

Im Fall der mehrfach befristeten Arbeitsverträge (Kettenverträge) hat auch das BAG [177] auf den Bestandsschutz verwiesen und ihn ausdrücklich mit dem Gesichtspunkt der Sozialstaatlichkeit in Zusammenhang gebracht. Es führt dazu im einzelnen aus, Art. 20 GG gebiete, einem jeden ein der menschlichen Persönlichkeit entsprechendes Dasein zu sichern. Den Grundsatz, daß u.U. die Vertragsfreiheit durch den Grundsatz des Bestandsschutzes verdrängt werden könne, schränkt das BAG allerdings dahingehend ein, daß derartige Gesichtspunkte nur dann zum Tragen kämen, wenn im Einzelfall der in wirt-

---

Anm.:

175) Arb.u.R. 1955/129

176) S. 169 in gewissem Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S. 144

177) 21/10/54 - 2 AZR - 25/53 in AP No. 7 zu § 1 KSchG

schaftlicher Situation Schwächere von dieser Freiheit nicht den gleichen Gebrauch machen könne wie der sozial stärkere AG. Es sei aber auch - wie z.B. bei höheren und leitenden Angestellten sowie bei qualifizierten Fachkräften, deren Arbeitskraft besonders begehrt ist -, möglich, daß die soziale Situation beider Teile mehr oder minder gleich stark sei. Hier sei unter dem Gesichtspunkt der Sozialstaatlichkeit ein Bestandsschutz nicht gerechtfertigt. Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen hat das BAG einen Kettenarbeitsvertrag, als gegen den sich aus dem KSchG ergebenden Bestandsschutz verstoßend, in einen unbefristeten Arbeitsvertrag umgedeutet. Dieses Urteil hat mit Recht beachtliche Kritik im Schrifttum ausgelöst. Man kann insbesondere Hueck [178] dahingehend ohne weiteres folgen, wenn er meint, daß hiermit für die Entscheidung von Einzelfragen nicht viel gewonnen werden könne. Zutreffend dürfte auch sein weiterer Hinweis sein, eine Entscheidung darüber, in welchem Umfang der Grundsatz des sozialen Rechtsstaats in einem Bestandsschutz des AV Ausdruck finden soll, müsse in einem demokratischen Staat grundsätzlich Sache des Gesetzgebers bleiben. Der Begriff des sozialen Rechtsstaates als solcher muß nicht notwendigerweise zu einem Kündigungsschutz führen; wird doch z.B. die Schweiz zweifelsfrei allerseits als sozialer Rechtsstaat anerkannt, obgleich dort ein derartiges Gesetz nicht bekannt ist. Auch bei Fechner [179] klingt - wenn auch beiläufig - an, daß die Berufung auf den Sozialstaatsgedanken sich in der "Zitierung eines leeren Schlagwortes" erschöpfen könne.

Anm.:

178) in Anm. zu dieser Entscheidung

179) RdA 1955/166

Interessant und neuartig ist bei dem Ergebnis von Bötticher die Behandlung der leitenden Angestellten, bei denen nur gesetzlich und tarifliche Kündigungsfristen einzuhalten sind. Er kann daher mit Recht für sich in Anspruch nehmen, daß damit eine wesentliche Erschwerung von Betriebsübernahmen - übrigens einer der Haupteinwände gegen den ipso jure Übergang - ausgeräumt ist. Dennoch scheint mir aber auch dieses Ergebnis nicht völlig befriedigend; denn erfahrungsgemäß scheitern Betriebsübernahmen auch bei solchen leitenden Angestellten, - Spitzenkräften -, durch deren fachliche Fehler der Betrieb Schaden erlitten hat, die aber nicht als leitende Angestellte i.S. des § 12 lit. c) KSchG, etwa mangels Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis, anzusehen sind und damit den Kündigungsschutz genießen. Dabei mag z.B. an einen Chefkonstrukteur, Chefchemiker, Leiter einer Finanzabteilung, Finanzdisponent einer Bank usw. gedacht sein. Es ist fraglich, ob es sich vertreten läßt, einem Erwerber zuzumuten, einen solchen Mitarbeiter übernehmen zu müssen. Derartige AV beruhen grundsätzlich auf der Basis persönlichen Vertrauens beider Vertragsparteien. Es dürften unter diesen Umständen durchaus Bedenken bestehen, ob nicht sogar die Vertragsfortsetzung nicht nur dem neuen AG sondern auch dem AN im Hinblick auf § 613 Satz 2 BGB, auf den noch näher einzugehen sein wird, aufgezwungen werden kann. Man mag einwenden, der AN könne dann wegen grundsätzlicher Veränderung der Verhältnisse ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Dieses Argument vermag jedoch nicht völlig zu überzeugen; denn bei einem gegebenenfalls nachfolgenden Schadensersatzprozeß des neuen AG, oder wenn dieser ihn wegen einer vertraglich festgelegten Konventionalstrafe in Anspruch nimmt, dürfte es in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle einem solchen AN

überaus schwer fallen, konkrete Umstände darzutun und ggf. zu beweisen, daß die Vertrauensgrundlage entfallen ist. Der betreffende AN geht mithin in einem derartigen Rechtsstreit ein ganz erhebliches Prozeßrisiko ein.

Somit dürften gegen die völlige Übernahme Böttticher's These vom ipso jure Übergang, und zwar bezüglich eines nicht unwesentlichen Teiles der leitenden Angestellten bereits beachtliche Bedenken bestehen. Es fragt sich nunmehr, ob nicht die gleichen oder ähnlich gelagerte Bedenken gegen die von ihm angewandte Analogie überhaupt aufkommen können. Zunächst dürfte es zweifelhaft erscheinen, den Bestandsschutz des Mietverhältnisses zu dem des AV als genügend rechtsähnlich anzusehen, um die entscheidende Parallele für einen Analogieschluß ziehen zu können [180]. Ferner ist keineswegs ersichtlich, daß der Bestandsschutz in beiden Fällen dem wirtschaftlich Schwächeren zugute kommen soll. Vielmehr lagen bei der Schaffung des § 571 BGB und des MSchG andersgeartete Erwägungen zugrunde. § 571 BGB beruht im wesentlichen auf deutschrechtlichen Anschauungen, nach denen die Miete ein quasi-dingliches Recht darstellt [181]. Dies bestimmte letzthin den Gesetzgeber, dem gemeinrechtlichen Satz "Kauf bricht Miete" keine Geltung zu verschaffen. Selbst Böttticher [182] muß einräumen, - und dies dürfte sich ohne weiteres aus dem von ihm aus den Motiven zitierten Satz ergeben: "... weil sie (d.h. die Durchführung des

---

Anm.:

180) vgl. Staudinger-Nipperdey, Anm. 22 zu § 613 BGB bezüglich Analogie zu § 571 BGB

181) Staudinger-Nipperdey, a.a.O.

182) S. 12, Anm. 10

gemeinrechtlichen Grundsatzes, d. Verf.) unter den gegebenen Verhältnissen - zumal in den größeren Städten, wo die Hauptmasse der Bevölkerung bis zu den höchsten und vornehmsten Ständen hinauf zur Miete wohnt, zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß," - daß der Schutz "durchaus nicht in erster Linie" diesem Personenkreis zugute kommen sollte. Auch wird die nach dem 1. Weltkrieg eingeführte Wohnungszwangswirtschaft, welche zum Erlaß des MSchG geführt hat, im wesentlichen durch öffentliche Belange begründet gewesen sein, um die Fürsorge der öffentlichen Hand nicht übermäßig zu belasten und dem Obdachlosenproblem angesichts der großen Wohnungsnot zu steuern. Mag dabei der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren auch eine Rolle gespielt haben, so waren doch andersgeartete Erwägungen letzthin entscheidend.

Das schwerwiegendste Bedenken gegen den ipso jure Übergang der AV dürfte durch die Erwägung gegeben sein, daß die zwangsweise Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses nach unsrer bestehenden Rechtsordnung nur in bestimmten, genau festgelegten, einzeln aufgeführten Ausnahmefällen gesetzlich verankert ist. Das Gesetz geht also grundsätzlich davon aus, den Parteiwillen als beachtlich anzusehen; d.h. es gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Bei Schweigen des Gesetzes bestehen daher gewichtige Zweifel, ob es zulässig ist, das Gesetz im Wege der Auslegung derart auszudehnen, daß ein gesetzlich festgelegter Ausnahmetatbestand auf einen anders gelagerten, wenngleich auch ähnlichen Fall angewendet wird. Dies erscheint m.E. zu weitgehend.

Letztlich fragt es sich, ob nicht bei der gewählten Analogie auch das KSchG selbst eine zu weite und damit unzulässige Ausdehnung erfährt. Zwar baut dieses Gesetz auf dem Gedanken auf, daß der AN ein festes Anrecht auf seinen Arbeitsplatz erwirbt, der ihm nicht ohne besonderen Anlaß gegen seinen Willen genommen werden kann. Andrerseits ist jedoch auch daran festzuhalten, daß das KSchG dieses Recht dem AN nicht generell zuerkennt, sondern nur unter ganz bestimmten, im Gesetz näher geregelten Voraussetzungen [183].

Einen gegen jeden Dritten wirksamen Anspruch auf den Arbeitsplatz - diesem Ergebnis käme die Lehre der an den Bestandsschutz geknüpften These vom ipso jure Übergang der AV letzten Endes bedenklich nahe - kennt das KSchG nicht [184].

Man wird sich ferner in diesem Zusammenhang kaum dem zutreffenden Hinweis von Rappenecker [185] verschließen können, der die Auffassung vertritt, daß das KSchG noch "zu jung" sei, als daß im Wege einer Fortbildung des Rechts eine ausdehnende Interpretation zulässig wäre. Er begründet dies mit der Feststellung, daß sich der gesetzliche Inhalt hinsichtlich seines sozialstaatlichen Gehalts konkret und objektiv erst nach gewisser Zeit ermitteln lasse. Für das Bestehen eines Urlaubsanspruches dem Grunde nach könne dies dagegen bei etwaigem Fehlen eines Landesgesetzes bereits durchaus bejaht werden.

Anm.:

183) Hueck, BB 52/365; Denecke, BB 50/679; Galperin, BB 52/322

184) a.A. Hedemann, RdA 53/121 ff; Herschel, RdA 53/41 ff; Nipperdey, Lehrbuch, Hueck-Nipperdey II/638, die dieses Recht als "sonstiges" i.S. des § 823 II BGB ansehen.

185) BB 58/48

Abschließend sei noch auf eine Sondermeinung von Dersch hingewiesen, der den Erwerber im Kündigungsschutzprozeß als passiv legitimiert ansieht [186], und zwar mit der Begründung, der Kündigungsschutz wurzele im kollektiven Arbeitsrecht. Schuldrechtliche Ansprüche läßt er allerdings bei Nichtübernahme weiterhin gegen den alten AG bestehen. Der Ausgangspunkt von Dersch mag damals noch einen gewissen Anhalt im BRG 1920 gefunden haben, erscheint nunmehr jedenfalls insofern bedenklich, als es heute wohl unbestritten sein dürfte, daß die derzeitige Ausgestaltung des KSchG im Individualrecht ihre Grundlage findet [187]. Daß darüberhinaus ein Übergang des AV im kollektiven Arbeitsrecht keine Stütze finden kann, wurde bereits bei Erörterung der These von Dietz behandelt.

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, daß das Gesetz keinen geeigneten Anhaltspunkt bietet, um einen ipso jure Übergang des AV zu rechtfertigen, d.h. ein gesetzlicher Zwang für den Betriebserwerber fehlt, die laufenden AV mit den bisherigen AN fortzusetzen.

---

nm.:

186) Arb.R.Prax. 1930/142 ff, 181

187) Hueck, KSchG Einl. I, 1; Hueck-Nipperdey - Vorauflage - I/S. 363 bereits für das BRG 1920

3. Vertragspartnerwechsel durch Rechtsgeschäft

Auch die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung vertritt den Standpunkt, daß mangels gesetzlicher Vorschrift über einen ipso jure Übergang ein AV nur auf rechtsgeschäftlichem Wege übertragen werden kann [188]. Da nach richtiger Ansicht das AV nur durch den Arbeitsvertrag begründet werden kann, sei es durch stillschweigenden oder ausdrücklichen Abschluß, ist die rechtsgeschäftliche Übertragung dieses Vertrages auch nur in den Normen

---

Anm.:

188) RAG, 5/11/30, ARSlg. 10/296 mit zust. Anm. v. Flatow; RAG, ARSlg. 11/208 v. 1/10/30; 21/32 v. 6/6/34; 27/71 v. 6/7/34 m. zust. Anm. v. Nipperdey; RAG, ARSlg. 22/77 v. 29/9/34; 22/87 v. 17/10/34; 23/127 v. 20/2/35; 23/204 v. 3/4/35; 43/282 v. 2/12/41; LAG Bremen, 7/9/49, AP 50/16; v. 12/7/50, AP 51/110; v. 10/10/52, BB 52/886; v. 4/4/51, AP 52/50; LAG Frankfurt v. 2/12/47, ARSt I/512; v. 12/1/49, AP 51/149; v. 18/2/52, SAG 52/59; LAG Hamm v. 29/4/50, AP 50/247; LAG Heidelberg v. 28/4/50, AP 50/300;
LAG Kiel, 18/11/48, ARSt. II/654; 19/10/50, AP 51/153; LAG Stuttgart, 4/4/51, AP 51/274; LAG Düsseldorf, 20/1/54, Betr. 54/436; ArbG Osnabrück, 9/3/51, ARSt VI/399; Hueck-Nipperdey, a.a.O., Hueck, BB 51/365; Staudinger-Nipperdey, a.a.O.; Schnorr v. Carolsfeld, S. 298; Esser, S. 285; Herschel-Steinmann, Anm. 13 zu § 13 KSchG; Vanselow, SchliW, 1922/95 ff; Meissinger, NZfA 1924/522; Potthoff, Arb.R.Prax. 1928/5/6; Nörpel, NZfA, 1930/149 ff; Stemmer, S. 36, Rewolle, Betr. 50/402, Steinbömer, S.36; RdA 49/200; Galperin, BABl 50/64; ders. BB 52/324; ders. RdA 55/187; Denecke, BB 50/679; Kauffmann, Betr. 50/279; Leydhecker, Bl.F.St.R. 1950/123; Beitzke, BB 51/420; Sieg, BB 52/49; Otto, BB 54/572; Nipperdey, "Tradition und Fortschritt", Nr. 7 der Schriftenreihe d. Landesvereinigung d. industriellen AGVergände NRW;
Auch Oppikofer (S.128) ist den Vertretern dieser Meinung zuzurechnen;denn er zitiert als Beleg für seine Meinung ein Urt.d.LAG Dortmund v.29/5/36, welches davon ausgeht, daß einzelne AN durchaus auf Grund v.Parteiabrede zwischen Veräußerer und Erwerber von der Übernahme ausgeschlossen werden können.(ARSlg 27/52(54))Hierauf hat übrigens erstmalig zutreffend Böttticher (Festschr.S.5) hingewiesen, während zahlreiche Autoren o.zu den Vertretern der Gegenmeinung zählen.(vgl.z.B.Grell,

möglich, die uns das Schuldrecht zur Verfügung stellt. Weil dem BGB die rechtsgeschäftliche Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses nicht bekannt ist, so bedürfte es einer Übertragung (Zession) der einzelnen Ansprüche, d.h. des AG auf die Dienste, und Übernahme (Schuldübernahme) der einzelnen Pflichten, d.h. der Lohnzahlungspflicht des AG (§§ 398 ff, 414, 415 BGB).

Bereits im Schuldrecht wurde im Schrifttum vielfach darauf hingewiesen, daß es rechtlich bei Anwendung der "Zerlegungstheorie", d.h. bei gleichzeitiger Forderungsübertragung und Schuldübernahme, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, nicht möglich sei, dem neuen Gläubiger die volle Gläubigerstellung zu verschaffen. Dies wurde damit begründet, daß dabei Neben-, Gestaltungs- und sonstige Hilfsrechte (wie Wahl-, Kündigungs- und Fristsetzungsrechte) nicht mitübertragen werden könnten [189]. Das Vertragsverhältnis lasse sich also nicht restlos in Forderungen und Schulden auflösen. Die Vertreter der "Einheitstheorie", d.h. derjenigen, welche die Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses zulassen, vertreten demgegenüber die Meinung, die Übertragung eines solchen Rechtsverhältnisses als "Organismus" sei durchaus mittels Analogie zu § 305 BGB vertretbar, da aus dieser Bestimmung ersichtlich das Prinzip der Vertragsfreiheit hervorgehe.

Diesen Meinungsstreit kann man jedoch durchaus als inzwischen ausgetragen ansehen, und zwar zugunsten der Übertragungsmöglichkeit eines ganzen Schuld-

---

Anm.:

189) Siber, Dogm. J. 70/294; Planck-Siber, Vorbem. 2 zu § 398; v. Tuhr, Bd. 1, S. 131, 220.

verhältnisses, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Übertragung sich in den vom Gesetz vorgesehenen Formen vollzieht. Diese Meinung hat sich auch im Arbeitsrecht durchgesetzt [190].

Speziell im Bereich des Arbeitsrechts wird überzeugend darauf hingewiesen, daß unverkennbar ein wirtschaftliches Bedürfnis für eine derartige Übertragung bestehe, wie sich dies namentlich im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Unternehmens zeige, mit dem zahlreiche laufende Vertragsverhältnisse verschiedener Art verbunden sind, in welche der Erwerber zweckmäßigerweise einzutreten habe [191].

Der im Zusammenhang mit dieser Ansicht vom LAG Baden [192] gebrachte Hinweis, nur so könne von einer Zustimmung der AN zur Vertragsfortsetzung abgesehen werden, bietet allerdings zu rechtlichen Bedenken

---

Anm.:

190) Hueck-Nipperdey I/463, Anm. 2, Stemmer, S. 44; Kessler, S. 33, 39; Larenz in AP 53/209; Denecke in AP 51/153; ders. RGRKomm. Anm. 2 zu § 613 BGB; Galperin, BABl. 50/64; LAG Stuttgart, 3/10/53, BB 54/436; LAG Baden, 28/4/50, BB 50/422; LAG München, 12/5/49, BB 49/488; LAG Frankfurt, 13/1/51, ARSt VII/26 (allerdings mit der bedenklichen Formulierung: "Der übergehende Betrieb zieht im Zweifel die Verbindlichkeiten nach sich."); LAG Hannover, 28/4/50, ARSt. IV/13; ArbG Karlsruhe, 28/2/52, ARSt. IX/1.

191) Hueck-Nipperdey, a.a.O.

192) a.a.O.

Anlaß; denn auch der Vertragseintritt im ganzen macht die im Gesetz vorgesehene Zustimmumg in jedem Falle erforderlich, da diese (AN) sich grundsätzlich, wie Hueck [193] zutreffend betont, "zumindest" einen Schuldnerwechsel (bezüglich der Lohnschulden des AG) gegen ihren Willen nicht gefallen zu lassen brauchen. Auch das BAG [194] hat mit überzeugender Begründung dargetan, daß es zum Übergang von Lohnschulden auf den Erwerber einer Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB bedarf, und sich hierbei insbesondere gegen eine Personifizierung des Betriebes sowie eine etwaige Organstellung des jeweiligen Betriebsinhabers gewendet.

Auf den Gläubigerwechsel (bezüglich der Dienstpflicht des AN) und Einzelheiten zur Schuldübernahme wird noch in weiteren Ausführungen einzugehen sein.

Es ist also für unsere Erörterungen festzuhalten, daß das für das Arbeitsrecht und insbesondere für die Betriebsübernahme gestellte Ziel eines völligen Parteienwechsels in der Person des AG sich durch Kombination von Forderungsübertragung und Schuldübernahme erreichen läßt, sofern die gesetzlichen Regeln der §§ 398 ff einerseits und der §§ 414, 415, BGB andrerseits beachtet werden, wobei nach nunmehr durchaus gefestigter Meinung in Rechtsprechung und Lehre die Nebenrechte kraft Parteiwillens dem Schicksal der Hauptrechte folgen.

Anm.:

193) Hueck-Nipperdey, a.a.O.

194) a.a.O.

Unter diesen Umständen dürfte es empfehlenswert sein, in diesem Zusammenhang nicht mehr, wie bisher häufig üblich, vom "Übergang" des AV als Organismus oder vom "automatischen Eintritt in das AV" zu sprechen [195], sondern eine solche Formulierung zu wählen, aus der sich klar ergibt, daß es sich um eine echte rechtsgeschäftliche Übertragung handelt, mag diese auch in der Mehrzahl der Fälle stillschweigend erfolgen. Jedenfalls würde auf diese Weise eine mißverständliche Deutung in Richtung auf die These vom ipso jure Übergang vermieden und die Trennung verdeutlicht, welche zwischen dieser These und der herrschenden Meinung besteht.

Bei den Erörterungen über die Übertragung (Zession) des dem AG zustehenden Anspruchs auf die Dienstleistungen des AN auf den Betriebserwerber ist insbesondere im Schrifttum auf Schwierigkeiten hingewiesen worden, die sich hierbei angesichts der Sonderbestimmung des § 613 Satz 2 BGB ergeben könnten. Diese Bestimmung beinhaltet den Grundsatz, daß der Anspruch auf die Arbeitsleistung im Zweifel nicht übertragbar ist. Es geht also um die bedeutsame Frage, ob es zur rechtsgültigen Übertragung dieser Forderung im Einzelfalle der Zustimmung des AN bedarf; denn, falls diese nicht erforderlich ist, könnte der AN gezwungen werden, beim Erwerber Dienste

---

Anm.:

195) LAG Frankfurt 15/3/51, AP 51/152 formuliert sogar "ohne rechtlichen Übertragungsakt" - hiergegen ausdrücklich Molitor in Anm. sowie Beitzke in BB 51/420; - LAG Bremen 12/7/50, AP 51/110, sowie v. 19/3/52, AP 53/209: "Ein besonderer Rechtsakt ist nicht erforderlich." - "automatisch erfolgender Eintritt."

zu leisten. Der hiergegen sich etwa richtende Einwand, da der AN es ja in der Hand habe, von sich aus, wenn er beim Erwerber nicht weiterarbeiten wolle, fristlos zu kündigen, diese Frage mithin nicht sehr erheblich sei, schlägt m.E. nicht durch. Falls nämlich ein solcher Zwang bestehen sollte, wäre nicht er (AN) berechtigt, fristlos zu kündigen, sondern der AG wegen grundloser Verweigerung der Weiterarbeit beim Erwerber, dies u.U. sogar mit den Folgen einer Schadensersatzpflicht oder auch nur des Abzugs eines Wochenlohnes gemäß § 124 b GewO. Insofern ist also die sich aus § 613 Satz 2 BGB ergebende Problematik gerade im Rahmen der Erörterungen über die Betriebsübernahme von wesentlichem Interesse. Zum besseren Verständnis dieser Vorschrift sei in kurzen Zügen auf deren Vorgeschichte eingegangen:

Bekanntlich hat sich die Ansicht, daß Forderungen generell übertragbar sind, erst im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß deutschrechtlichen Gedankenguts durchgesetzt [196]. Ursprünglich hielt man an den Grundsätzen des römischen Privatrechts fest, welches davon ausging, daß die Forderung als juris vinculum, d.h. persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner, entsprechend seiner Rechtsnatur übertragungsunfähig sei. Vollends im BGB setzte sich jedoch die deutschrechtliche Auffassung durch, derart daß grundsätzlich jede Forderung sogar ohne Mitwirkung des passiv Beteiligten, - also ohne und auch gegen seinen Willen - übertragen werden

---

Anm.:

196) vgl. ALR, I, II, § 376 ff, Code civil, art. 1689 betr. Zession, während Übertragung einer Schuld dem franz. Recht unbekannt ist.

kann. Dies zeigt, in welchem Ausmaß die ursprünglich vorherrschende Tendenz des persönlichen Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner zugunsten der Verkehrsfähigkeit der Forderung zurückgetreten ist [197].

Dieser Grundsatz mußte da aber wesensnotwendig eine Ausnahme erleiden, - zumal von einer notwendigen Verkehrsfähigkeit einer derartigen Forderung wohl kaum die Rede sein kann -, wenn wie beim Dienstverhältnis die Rechtsbeziehungen in besonderem Maße an die Person gebunden sind.

§ 399 BGB, der die Übertragbarkeit einer Forderung dann ausschließt, wenn

a) die Leistung an einen anderen als den Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts erfolgen kann

b) dies vertraglich festgelegt ist

erschien hierfür offenbar nicht ausreichend, umso mehr als in dieser Bestimmung das persönliche Element des AV in keiner Weise in Erscheinung tritt und die Arbeitskraft, über die durch Zession verfügt werden soll, derart an die Persönlichkeit des AN gebunden ist, daß man sie gewissermaßen als ein Stück seiner selbst ansehen kann. Es bedurfte somit einer Sonderbestimmung, in welcher dieses persönliche Moment in besonderer, und zwar in stärkerer Weise als in § 399 BGB zum Ausdruck kam. Dies geschah durch die Bestimmung des § 613 BGB, nach welcher

1. der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat (Satz 1)

Anm.:

197 vgl. Kessler, S. 8 ff

2. der Anspruch auf die Dienstleistung im Zweifel nicht übertragbar ist (Satz 2)

Aus der Fassung, insbesondere im Hinblick auf den Ausdruck "im Zweifel" besteht in Schrifttum und Rechtsprechung darüber völlige Einigkeit, daß dieser Bestimmung der Charakter einer Auslegungsregel zukommt, [198], Ausnahmen von diesem Prinzip somit durchaus zulässig sind.

Im ersten Entwurf zum BGB war die Aufnahme einer solchen Bestimmung noch unterblieben, weil dem Richter freie Hand gelassen werden sollte, "die besonderen Umstände des einzelnen Falles unbeengt durch eine dispositive Norm oder eine Auslegungsregel der Würdigung zu unterziehen". [199] Nach Auffassung der Redaktoren galt die Vorschrift des § 399 BGB in dieser Hinsicht als durchaus ausreichend. Ihre Entstehung verdankt die Vorschrift des § 613 BGB der II. Kommission [200], welcher es "nützlich" schien, "die in der Mehrheit der Fälle der Parteiabsicht entsprechende Regel auszusprechen". Ebenso erscheine es "der durch das Dienstverhältnis geschaffenen persönlichen Bindung entsprechend, den Anspruch auf die Dienste für regelmäßig nicht übertragbar zu erklären, da durch den Eintritt eines anderen Gläubigers der Inhalt des Schuldverhältnisses verändert werden würde". Der Redaktionskommission blieb es vorbehalten, darüber zu befinden, ob es nicht richtiger sei, die

---

Anm.:

198) vgl. statt aller Hueck-Nipperdey I/S. 462 ff.

199) Mot. S. 457

200) Prot. II. S. 278

Natur der Bestimmung als nicht bloße Auslegungs- sondern als dispositive Regel zu deutlicherem Ausdruck zu bringen [201]. Man entschloß sich dann, diese Bestimmung zu einer Auslegungsregel auszugestalten.

Die Frage, ob dieses im § 613 Satz 2 BGB zum Ausdruck gebrachte Prinzip der Unübertragbarkeit des Anspruchs auf die Arbeitsleistung im heutigen Arbeitsleben mit seinen modernen Großbetrieben und dadurch bedingten fortschreitenden Versachlichung überhaupt noch aufrecht erhalten werden kann, oder inwieweit bei Aufrechterhaltung dieses Grundsatzes Ausnahmen möglich sind, ist auch heute nocht streitig und noch nicht eindeutig und überzeugend geklärt worden. In Schrifttum und Rechtsprechung ist dieses Problem verhältnismäßig wenig, und meist nicht sehr eingehend behandelt worden.

Vor Inkrafttreten des BGB hat sich, soweit feststellbar, erstmalig das ROHG [202] im Jahre 1875 mit dieser Frage befaßt, in einer Zeit also, als das ADHGB v. 1861 noch in Kraft war, das eine dem § 613 BGB entsprechende Bestimmung nicht kannte. Im Gegensatz zur Vorinstanz, welche angenommen hatte, der AN sei nicht verpflichtet, sich an einen neuen AG "mit seinen Dienstleistungen überweisen zu lassen", vertrat das ROHG den Standpunkt, dies ließe sich nicht "abstrakt" entscheiden, es käme vielmehr allein darauf an, ob damit eine Veränderung des Leistungsinhalts verbunden sei. Das ROHG verweist dann auf Art. 146

Anm.:

201) Mat. II/898

202) 25/6/75 - Bd. 18/370 (373)

des Bay. Entw. eines BGB von 1858 [203] sowie auf Art. 325 des sog. Dresdener Entw. von 1866, die beide eine dem § 613 BGB in etwa entsprechende Bestimmung enthielten, und führt hierzu aus, wenn man davon ausgehe, daß nicht bloß das Geschäft, sondern auch die individuelle Person des AG bestimmend für die Eingehung des Vertrages sei, könnten doch Umstände des Einzelfalles bewirken, daß keine Veränderung des Vertragsinhaltes eintrete bzw. diese so geringfügig sei, daß sich ein Widerspruch des AN nicht rechtfertigen lasse. Das ROHG stellt es hiermit im Ergebnis also einmal objektiv auf eine durch den AG-Wechsel etwa eintretende Änderung des Vertragsinhalts (i.S. des § 399 BGB) sowie subjektiv darauf ab, ob nach den gegebenen Umständen die Fortsetzung des AV für den AN zumutbar erscheint [204].

Das Reichsgericht [205] sah für die Übertragbarkeit als entscheidendes Kriterium den Umstand an, ob der Übernehmer imstande sei, die dem Betriebsvorgänger "obliegende Gegenleistung in sachlich äquivalenter Weise zu beschaffen". Die Übertragbarkeit sei nur insoweit beschränkt, als der aus der Natur des Einzelarbeitsvertrages zu entnehmende Vertragswille der Interessenten die Zession ausschließen kann. Das RG spricht sich hiermit also generell für die Übertragbarkeit aus und läßt offenbar die Übertragung nur dann nicht zu, wenn höchstpersönliche

---

Anm.:

203) Obligationsrecht, v. 1860 - 64 veröffentlicht, jedoch nicht Gesetz geworden.

204) In vorliegendem Fall hatte der Bruder des bisherigen Inhabers, der bereits vorher Miteigentümer war, das Geschäft allein übernommen. Das ROHG entschied, der AN sei zur Fortsetzung des AV verpflichtet, da keine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts hierdurch eingetreten sei.

205) 2/9/1889, Seuff, Arch., Bd. 45/No. 177

Dienstleistungen den Gegenstand des Vertrages bilden (z.B. Privatsekretär, Krankenschwester usw.), oder triftige Gründe gegen die Person des AG sprechen (Zahlungsunfähigkeit).

Demgegenüber vertritt unter Berufung auf die persönlichkeitsbetonte Rechtsnatur des Dienstvertrages das OLG Jena [206] die Auffassung, daß der AN präsumptiv nur diesem AG und nicht jedem Dritten Dienste leisten und untergeordnet sein wolle.

Nach Inkrafttreten des BGB blieb trot der Auslegungsregel des § 613 Satz 2 BGB die Frage der Übertragbarkeit des Anspruchs auf Dienstleistungen weiterhin streitig.

Während das Reichsgericht [207] generell davon ausging, dem AN könne nicht zugemutet werden, den von einem anderen Geschäftsinhaber abgeschlossenen auf gegenseitigem Vertrauensverhältnis beruhenden Dienstvertrag fortzusetzen, hat das RAG sich zu diesem Problem nicht eingehend geäußert [208]. Mit Ausnahme

---

Anm.:

206) 2/7/1892, Seuff. Arch., Bd. 48/No. 176

207) RGZ - 7/6/04 - Bd. 58/256

208) die diesbezüglichen Ausführungen von Grell (S.132) das RAG sehe in der Vorschrift des § 613 BGB kein Hindernis für die Annahme einer Weitergeltung der AV im fortgeführten Betrieb, beruhen offenbar insoweit auf einem Mißverständnis. In den maßgeblichen Urteilen stand diese Frage überhaupt nicht zur Entscheidung, da die AN in allen Fällen durch Fortsetzung der Arbeit ihr Einverständnis mit dem Wechsel des AG bekundet hatten; vgl. RAG, 17/10/34, ARSlg. 22/87; v. 9/4/35, ARSlg. 23/204 vom 2/4/41, ARSlg. 43/282.

eines die Entscheidung selbst nicht berührenden Hinweises, daß die bisherigen AN nicht gezwungen werden können, in die Dienste des neuen Betriebsinhabers zu treten [209], werden in der Folgezeit in Schrifttum und Rechtsprechung die beiden entgegengesetzten Standpunkte mit den verschiedensten Argumenten vertreten. Dabei ist überwiegend die Tendenz für die grundsätzliche Bejahung der Übertragbarkeit im Falle der Betriebsübernahme erkennbar. Diese Ansicht ist nunmehr wohl auch als die durchaus herrschende Meinung anzusehen [210].

Als erster hat sich im Schrifttum Horrwitz [211] diese Ansicht zu eigen gemacht. Er sieht in Umkehr der gesetzlichen Regel die Forderung auf Arbeitsleistung nur dann nicht als übertragbar an, wenn im Einzelfall die Persönlichkeit des AG sowie persönliche Zusammenarbeit mit dem AG "in erheblichem Maße" in Betracht kommt. Dies wäre meist bei kleinen Geschäften der Fall und unter Umständen auch bei großen, falls der AG persönlich mit dem AN zusammenarbeitet. Als neues Kriterium erscheint hier also im wesentlichen die persönliche Zusammenarbeit des AG mit dem AN.

Weiter ist in diesem Zusammenhang O. v. Gierke zu nennen, der darauf hinweist [212], es sei stets als gewollt anzunehmen, daß der AN für ein Geschäftsunternehmen seine Dienste zusagt. Beim Gesindever-

---

Anm.:

209) RAG vom 1/10/30, ARSlg 11/208

210) vgl. insbesondere in jüngster Zeit:Urt.des BAG vom 26/5/55 - 2 AZR 38/54 - in AP, No.1 zu § 613 BGB m.zust.Anm. von Hueck.

211) S. 117

212) Dt. Privatrecht, III, S. 607, Anm. 57

trag [213] seien die Dienste dem Gut als solchem (d.h. nicht dem AG) versprochen [214].

Titze [215] geht dagegen ähnlich wie das ROHG davon aus, daß ein AG-Wechsel bei den Verträgen des kaufmännischen Personals grundsätzlich keine Inhaltsänderung zur Folge habe [216]. Ähnlicher Ansicht ist Oertmann [217], welcher zugleich das Argument von v. Gierke übernimmt und ferner hervorhebt, die Übertragbarkeit könne sich auch aus dem besonderen Zweck des Verhältnisses als stillschweigend vereinbart ergeben [218]. Weiterhin ist in diesem Zusammenhang Stemmer [219] hervorzuheben, der sich in besonders eingehender Weise mit dieser Frage befaßt. Er ist der Annahme, die strenge Durchführung des § 613 Satz 2 BGB könnte zu erheblichen Härten führen. Diese Auslegungsregel stünde den Bedürfnissen der Wirtschaft diametral entgegen, da der neue AG keine Arbeitsleistungen ver-

---

Anm.:

213) a.a.O. S. 667

214) ebenso KG Gießen, 3/1/01 u. LG v. 26/5/06, in Gew. u. Kaufm. G., Bd. 13, Sp. 314: AN habe nicht der Person, sondern dem Geschäft Dienste zu leisten. Er sei "Glied des Geschäftsorganismus" und könne sich nur auf § 613 BGB berufen, wenn gegen die Person des Rechtsnachfolgers Bedenken bestehen. Ähnlich Demelius, a.a.O.: Indiz sei hierbei, ob der Vertrag mit dem bürgerlichen Namen oder mit dem der Firma unterzeichnet sei, eine schon deswegen unhaltbare Ansicht, als hierbei erfahrungsgemäß vielfach der Zufall entscheiden würde, - ferner Düringer-Hachenburg, § 70 HGB, Anm. 13; Oppikofer, S. 129

215) Ehrenbergs Handbuch, Bd. II/699

216) so auch Staub-Bondi, Anm.27 zu § 70 HGB, Planck-Gunckel, Anm.3 zu § 613 BGB; Kessler, S.13 ff

217) S. 120

218) In seinem Kommentar (Anm.1 zu § 613) heißt es weitergehend, das Dienstverhältnis der kaufmännischen und gewerblichen Angestellten sei mit dem Betrieb verknüpft, derart daß der Übergang des Betriebes den der Dienstverhältnisse "ohne weiteres" nach sich ziehe.

219) S. 5 ff.

langen könne, während der Veräußerer in Annahmeverzug gerate. Die Betriebe blieben so lange leer, bis Ersatz für die alten AN gefunden sei. Dies könne volkswirtschaftliche Schäden zur Folge haben und besonders bei guter Konjunktur kritisch werden, wo die Gefahr bestehe, daß die AN, die ja keine Pflicht zum Bleiben treffe, sofort zu Konkurrentbetrieben abwanderten. Wenn es unmöglich sei, dem Betrieb ohne Schwierigkeiten die Arbeitskräfte zu erhalten, würden Veräußerungen praktisch an Bedeutung verlieren.

§ 613 BGB sei angesichts der Betonung des persönlichen Einschlages festgelegt worden und habe den sozialen Schutz des AN im Auge. Bezüglich des AV sei jedoch, was zwar bedauerlich sein möge, eine Entpersönlichung erkennbar [220]. Daher sei nunmehr anzunehmen - und hier weist Stemmer insbesondere auf die AV der Großindustrie hin - daß ein AN im wesentlichen an den Betrieb gebunden sei. Der Betrieb sei Mittelpunkt des AV.

Auch der Wille der Parteien ginge angesichts der Möglichkeit der Abdingung des § 613 BGB darauf hin, daß die AN bei Vertragsschluß für ihre Arbeitsleistung bewußt den Betrieb in den Vordergrund gerückt wissen wollten. Der AN binde seine Arbeitskraft an den Betrieb, der ihm - insoweit vom Inhaber abstrahiert - in Gedanken vorschwebe. Die Person des AG müsse daher beim Inhaberwechsel gänzlich unberücksichtigt bleiben. Dies gelte selbst für mittlere und Kleinbetriebe, wo der AG oft mit dem AN persönlich in Berührung kommt. Auch dort ginge dennoch der Wille der AN auf Bindung an den Betrieb. Daraus folge, die

---

Anm.:
220) so auch Oppikofer a.a.O.

Annahme, daß der AN bei Vertragsschluß stillschweigend seine Dienstleistungen im Falle eines Inhaberwechsels auf den Erwerber übertragen wissen wolle.

Stemmer vertritt ferner die Ansicht, in dieser Beziehung habe sich bereits durch Übung und Rechtsüberzeugung ein Gewohnheitsrecht gebildet mit der Folge, daß § 613 Satz 2 BGB als überholt zu gelten habe. Der AN sei somit verpflichtet, seine Arbeit im Betrieb fortzusetzen.

Als bedeutsamer Verfechter der Übertragbarkeit bei Betriebsübernahmen ist vor allem Hueck anzusehen [221]. Auch er vertritt die Ansicht, § 613 Satz 2 BGB könne in solchen Fällen grundsätzlich keine Anwendung finden. Es entspräche dem "mutmaßlichen Willen der Arbeitsvertragsparteien", und das bestätige auch die Verkehrsauffassung, daß der AG für den Fall der Veräußerung ein Recht auf Übertragung haben solle. Wie Stemmer, läßt auch er die Übertragbarkeit gegen den Willen des AN zu [222].

Anm.:

221) Hueck-NipperdeyI/465 ff; ders. Dt. Arbeitsrecht, S. 93; ders. in Anm. AP 50/10; ders. BB 51/365 ebenso Potthoff, Arb.R.Praxis 28/5-6; Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O. (jedoch ohne nähere Begründung); Meisinger a.a./. (unter Hinweis auf Vertragsfreiheit); Molitor, AN u. Betrieb, S. 39; Grell, S.141, LAG Heidelberg 4/11/49, ARSt. IV/139.

222) ebenso Ermann-Küchenhoff, Anm. 2 c zu § 613 BGB; Staudinger-Nipperdey, Anm. 21 zu § 613 BGB; Würdinger in RGR Kommz.HGB, Anm. 14 zu § 72; Düringer-Hachenburg a.a.O; LAG Heidelberg 31/5/50, AR-Blattei Betriebsinhaberwechsel, Entsch. 1; v.28/4/50, Entsch. 2; v. 13/4/51, Entsch.3; LAG Düsseldorf 21/1/54, Betr. 54/236; LAG Mannheim 13/4/51, BB 51/445; Arb.Ger. Karlsruhe 28/2/52, ARSt IX, 1; Arb.Ger. Mannheim 24/10/51

Enneccerus-Lehmann [223] präzisiert dahingehend, die gemäß § 613 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmung des AN könne im Zweifel als generell im voraus erteilt angesehen werden. Dersch [224], der sich nunmehr diese Auffassung ebenfalls zu eigen macht, nahm bisher eine vermittelnde Stellung zu dieser Frage ein [225]. Er hielt an der gesetzlichen Regel grundsätzlich fest, wollte aber unter Berücksichtigung von § 157 BGB von Fall zu Fall entscheiden, ob der AN ein Interesse an der Forsetzung der Arbeit hat: Wenn ein solches Interesse nach der Verkehrsanschauung anzunehmen sei, verlange sein Interesse gerade im Gegensatz zu § 613 Satz 2 BGB im Einzelfalle die Übertragbarkeit. In diesem Falle sei die gesetzliche Auslegungsregel somit als gegenstandslos anzusehen.

Eine aus dem üblichen Rahmen fallende Ansicht vertritt Vanselow [226]. Zwar ist er zu den Vertretern der Gegenansicht zu zählen, doch hält er als Ausnahmefall die Übertragbarkeit bei "Dienstleistungen niederer Art" für gegeben. Er versteht darunter ungelernte Arbeiter entsprechend der in Tarifverträgen üblicherweise allgemein angewandten Terminologie. Eine besondere Begründung gibt er hierfür nicht.

Als namhafter Vertreter für die Übertragbarkeit sei abschließend insbesondere das BAG genannt [227]. Es hat zu dieser Problematik Stellung genommen, obwohl die Frage der Auslegung dieser Bestimmung in dem

---

Anm.:

223) § 146, II, 3 (S. 581)

224) a.a.O.

225) Arb.R.Prax. 1930/142 ff, 181 ff; Kaskel-Dersch (Voraufl.)S.168, im Gegensatz zu Kaskel, S. 74

226) Schli". 1922/95 ff.

227) 26/5/1955, AP No. 1 zu § 613 BGB

Rechtsstreit nicht unmittelbar zur Entscheidung stand, weil sich die AN vom Betriebserwerber widerspruchslos hatten weiterbeschäftigen lassen. Das BAG vertritt unter Hinweis auf Hueck die Auffassung, es sei in Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 613 Satz 2 BGB grundsätzlich davon auszugehen, daß der AN bei einem Wechsel des Betriebsinhabers seine Dienste "ohne weiteres" dem neuen Betriebsinhaber zu leisten bereit ist; denn unter den heutigen Wirtschafts- und Arbeitsverhältnissen sei anzunehmen, daß der AN in der Regel in einem bestimmten Betrieb auf einem besonderen Arbeitsplatz tätig werden will, ohne daß es ihm dabei auf die Person des Betriebsinhabers ankomme. Das BAG geht in dieser Frage also noch weiter als Hueck und hält die Übertragung nicht allein für zulässig, sondern im Zweifel auch dem Willen des AN entsprechend.

Die Gegenmeinung wird außer vom Reichsgericht [228] von Sigel [229], K.Ger. Straßburg [230], Vanselow [231], Meissinger [232], Nörpel [233], Kaskel [234], Kausen [235], Esser [236] und Leydhecker [237] vertreten, und zwar mit der Begründung, das AV sei auf die Personen der Ver-

---

Anm.:

228) RGZ 58/256
229) S. 184
230) 11/6/06, Bd. 12/Sp. 66
231) a.a.O.
232) NZf. A. 1924/522
233) NZf. A. 1930/150
234) S. 74
235) NZf. A. 1931/154
236) S. 285
237) Bl. f. St. R. 1950/123 ff.

tragspartner zugeschnitten (so Sigel), die Arbeit sei ein Rechtsgut höchstpersönlicher Art und keine "vertretbare Ware", es gäbe keinen "Verkauf des Menschen als Inventarstück" (so Potthoff, a.a.O., obwohl er sich bei der Betriebsübernahme für Übertragbarkeit ausspricht), unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit (so Esser), und dem AN stehe über die Verwertung und Verwendung seiner Arbeitskraft freie Entscheidungsbefugnis zu (so Leydhecker).

Von den Landesarbeitsgerichten befaßt sich lediglich LAG München [238] eingehend mit der Problematik des § 613 Satz 2 BGB, während die Landesarbeitsgerichte Hamm [239] und Frankfurt [240] nur beiläufig erwähnen, daß diese Bestimmung kein Hinderniß für eine Betriebsübernahme darstelle [241], obwohl diese Frage für die Entscheidung selbst nicht von unmittelbarer Bedeutung war. LAG München stellt sich, soweit feststellbar, als einziges Gericht mittlerer Instanz auf den Standpunkt, daß der Anspruch auf die Arbeitsleistungen entsprechend der Gesetzesregel im Zweifel nicht übertragbar sei. Es begründet diese Auffassung damit, daß die "Übernahme" der bisherigen AN nicht deren eigenen freien Willen beiseiteschieben könne, auch ihrerseits tatsächlich und rechtlich dazu Stellung zu nehmen, ob sie mit dem neuen Betriebsinhaber das AV fortsetzen. Dies folge nicht allein aus § 613 Satz 2 BGB, sondern entspreche dem personenrechtlichen

---

Anm.:

238) 1/2/49, AP 50/10

239) a.a.O.

240) 13/3/52, ARSt. VII/669

241) im gewissen Gegensatz zu LAG Frankfurt 18/2/52, SAG 52/ No. 59, welches darauf hinweist, für den AN bestehe kein Zwang zur Weiterarbeit beim Erwerber.

Charakter des AV und der aus dem Menschenrecht begründeten Freiheit jedes einzelnen AN, über Verwertung und Verwendung seiner Arbeitskraft frei zu entscheiden. Man könne daher nicht wie die herrschende Lehre mit Mußmaßung bei dieser Frage operieren.

Es sei bereits an dieser Stelle vorweggenommen, daß die diesbezügliche Kritik von Grell [242] insofern fehlgeht, als dieser annimmt, der personenrechtliche Charakter erstrecke sich nicht in erster Linie auf die Beziehungen zwischen AG und AN, sondern solle das betriebliche Gemeinschaftsverhältnis kennzeichnen. Dies widerspricht eindeutig der bereits gegebenen und im Einklang mit der herrschenden Lehre ausgearbeiteten Charakterisierung des Wesens vom AV als eines persönlichen Gemeinschaftsverhältnisses zwischen AG und AN, während die Beziehungen der AN untereinander vom AV nicht erfaßt werden.

Zum besseren Verständnis und zur Vertiefung dieses Problems sei kurz auf ausländische Rechtssysteme eingegangen, bei welchen man sich mit der gleichen Frage auseinanderzusetzen hat.

Das österreichische Recht weist in seinem § 1153 ABGB eine dem § 613 BGB entsprechende Bestimmung analogen Inhalts auf, die allerdings als dispositive Rechtsnorm und nicht wie im deutschen Recht lediglich als Auslegungsregel ausgestaltet ist [243].

Anm.:

242) S. 134, Anm. 56

243) "Wenn sich aus dem Dienstvertrage und aus den Umständen nichts anderes ergibt, hat der Dienstnehmer die Dienste in eigener Person zu leisten und ist der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar."

Die dort herrschende Lehre argumentiert (mitunter unter Bezugnahme auf deutsche Autoren) ähnlich wie die deutsche bezüglich § 613 BGB, der Anspruch sei übertragbar, falls ein großer gewerblicher und kaufmännischer Betrieb (Beispiel: Theater, Eisenbahnen) veräußert würde. In solchen Fällen liege kein Grund für die Unübertragbarkeit vor. Es wird dabei ferner auf die Verkehrsanschauung, die enge Verbundenheit des AN mit dem Unternehmen sowie darauf hingewiesen, daß insbesondere im Interesse der AN selbst grundsätzlich die Übertragbarkeit angenommen werden müsse [244]. Der AN könne die Dienstleistungen beim Erwerber nicht ablehnen; es wird also auch Übertragbarkeit gegen den Willen des AN angenommen. Bei Weigerung soll der AG berechtigt sein, das AV aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu lösen.

Das Schweizer Obligationenrecht enthält in Artikel 327 eine dem österreichischen Recht ähnliche Bestimmung und zwar ebenfalls in Gestalt einer dispositiven Rechtsnorm [245]. Die im Schweizer Obligationenrecht herrschende Lehre stellt es hierbei im wesentlichen auf die Umstände des Einzelfalles ab und vertritt den Standpunkt, daß bei Veräußerung von Großbetrieben die Umstände regelmäßig für die Übertragbarkeit sprechen.

Anm.:

244) Klang-Gschnitzer, Bd. 5, Anm. IV zu § 1153 ABGB

245) "(1) Der Dienstverpflichtete hat, wenn sich nichts aus der Verabredung oder den Umständen etwas anderes ergibt, die versprochenen Dienste in Person zu leisten.
(2) Die Übertragung der Rechte des Dienstherrn auf einen andern ist unter dem gleichen Vorbehalt ausgeschlossen."

Bei einem solchen Betrieb sei anzunehmen, daß dort eher die Dienste für einen bestimmten Betrieb zugesagt werden, zumal dort der Dienstverpflichtete dem Dienstherrn nicht persönlich gegenübertrete [246].

Zusammenfassend ist also rechtsvergleichend festzustellen, daß die Lehre im österreichischen und Schweizer Recht nicht so weit geht wie die deutsche Lehre und Rechtsprechung bei Auslegung des § 613 Satz 2 BGB, obwohl die entsprechenden Gesetzesbestimmungen fast inhaltsgleich sind, bzw. die deutsche Bestimmung angesichts ihres Rechtscharakters als Auslegungsregel in gleicher Weise interpretiert werden könnte. Während bei den erstgenannten Gesetzen das Kriterium für die Übertragbarkeit im wesentlichen im Großbetrieb gesehen wird, nimmt die deutsche Lehre die Übertragbarkeit generell bei allen Betriebsübernahmen, d.h. sogar bei Kleinbetrieben [247], wie beispielsweise bei denen des Handwerks als gegeben an.

Mit dem französischen Recht bestehen in dieser Beziehung keine Vergleichsmöglichkeiten, da der Fall der Betriebsübernahme eine abschließende gesetzliche Sonderregelung erfahren hat, bei welcher es hierauf nicht ankommt. Auf diese Bestimmung wird noch in anderem Zusammenhang näher einzugehen sein.

Welcher von diesen beiden Meinungen bezüglich § 613 Satz 2 BGB ist nun der Vorzug zu geben?

Anm.:

246) Oser - Schönenberger, Anm. 1 zu Art. 327, Schw. Obl.R.

247) a.A. nur Staudinger-Nipperdey, a.a.O.

Wenn man der Argumentation der die Übertragbarkeit bejahenden Vertreter folgt, so kann man dabei im wesentlichen zwei verschiedene Richtungen unterscheiden. Es ergibt sich einmal die Richtung Titze - Oertmann - Staub - Planck, welche annimmt, durch den Wechsel des AG erfahre der Inhalt des Arbeitsvertrages grundsätzlich keine Änderung. Gegen diese Argumentation ist zunächst einzuwenden, daß es den Anschein hat, als ob sie ein feststehendes Ergebnis vorwegnimmt und dies ohne besondere Begründung; denn zuvor soll doch erst einmal die Frage, ob eine Inhaltsänderung bei einem Wechsel in der Person des AG eintritt, geklärt werden. Auch der Ausgangspunkt dürfte insofern bereits bedenklich erscheinen, als § 613 BGB, welcher gerade dem personenrechtlichen Element des AV speziell Rechnung trägt, einfach beiseitegeschoben wird und damit § 399 BGB unmittelbar Anwendung finden müßte. Der Festlegung eines § 613 BGB, auf welchen, wie die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung zeigt, angesichts der sehr eingehenden Erörterungen besonders großer Wert gelegt wurde, hätte es für den wichtigsten Anwendungsfall (Betriebsveräußerungen) überhaupt nicht bedurft. § 613 BGB ist zweifellos als ein Unterfall bzw. lex specialis zu § 399 BGB anzusehen, d.h. § 613 BGB beinhaltet die Regel, daß durch den AG-Wechsel grundsätzlich die Forderung auf die Diensteistungen im Sinne des § 399 BGB inhaltlich geändert wird. Ohne Begründung eine derartige Spezialbestimmung praktisch außer Kraft zu setzen, erscheint nicht frei von Rechtsbedenken. Darüberhinaus würde diese Auffassung darauf hinauslaufen, daß der dem normalen AV zugrundeliegende Inhalt "personenrechtlich" in "höchstpersönlich" gesteigert wurde, was aber der ratio des § 613 BGB, der grundsätzlich auf normale AV abstellt,

sowie der des § 399 BGB, bei welchem es im wesentlichen darauf ankommt, ob die Person des AG für das betreffende AV von geradezu ausschlaggebender Bedeutung ist, (z.B. Privatsekretär, Krankenpflegerin usw.) keineswegs entsprechen dürfte.

Es mag zwar zutreffen, daß die Vertreter dieser Meinung zu diesem Ergebnis gelangen, indem bei ihnen Gedankengänge der nachfolgenden Argumentation mitbestimmend sind, ohne daß sie jedoch - mit Ausnahme von Oertmann - hierauf in irgendeiner Form eingehen. Eines besonderen Eingehens hätte es aber m.E. jedenfalls bedurft.

Die zweite Richtung - v.Gierke - Stemmer - Hueck - BAG - gelangt dadurch zu dem Ergebnis der Übertragbarkeit, daß sie annimmt, der AN habe die Zustimmung stillschweigend bereits vorher erteilt und zwar angesichts der Einstellung für einen bestimmten Betrieb. Dieses Argument kann dogmatisch nur auf der Erkenntnis beruhen, daß man von der Unterstellung ausgeht, der AN habe sich des ihm durch diese Bestimmung gewährten Schutzes dadurch begeben, daß er als Folge seines Betriebseintritts von vornherein bei Vertragsabschluß mit seinem ersten AG jedem etwa in Zukunft eintretenden Wechsel zugestimmt hat. Infolgedessen ist die weitere Schlußfolgerung, die Übertragung des Anspruches könne selbst gegen den Willen des AN ohne weiteres rechtswirksam erfolgen, durchaus konsequent; denn ein späterer Widerspruch des AN würde hiernach in der Regel als venire contra factum proprium angesehen werden müssen. Die entgegengesetzte Ansicht [248], welche eine besondere Zustimmung zwar

---

Anm.:

248) Herschel - Steinmann, Anm. 32 zu § 1 KschG, Galperin BB 52/324; Denecke BB 50/680

nicht für erforderlich hält, jedoch eine Übertragung gegen den Willen des AN ablehnt, erscheint daher insoweit als nicht ganz folgerichtig. Auch mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ließe sich diese Meinung insofern nicht stichhaltig begründen, als der AN sich doch beim ersten Vertragsschluß frei entscheiden konnte, und nach der herrschenden Lehre ihm ja auch bekannt sein mußte, daß sein Vertragsabschluß bereits eine stillschweigende Ermächtigung des ersten AG beinhaltet, den Anspruch auf die Arbeitsleistung auf einen Dritten zu übertragen. Wenn man also der Meinung folgt, der Anspruch sei übertragbar, so muß man auch konsequenterweise die Übertragbarkeit gegen den Willen des AN bejahen.

Ergänzend sei noch erwähnt, daß die Vertreter dieser Ansicht [249] dieses Ergebnis als nur "im Zweifel" als gegeben ansehen, einen entgegenstehenden Willen des AN dennoch gelten lassen, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß konkrete Umstände vorliegen müssen, welche die Forsetzung der Arbeit beim neuen Betriebsinhaber als nicht zumutbar erscheinen lassen, insbesondere dann, wenn triftige Gründe gegen die Person des neuen AG vorliegen oder wie Arb. Ger. Karlsruhe [250] präzisiert, wenn sich die Weigerung des AN als Rechtsmißbrauch darstellen würde.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Ansicht von v. Gierke und der ihm folgenden Autoren und Rechtsprechung sei vorausgeschickt, daß von diesem ausgehend eine Ansicht konsequent auf der anderen aufbaut, bis die Linie letzten Endes bis zum stillschweigenden

---

Anm.:

249) insbes. Hueck a.a.O.

250) a.a.O.

Ausschluß des § 613 Satz 2 BGB durchgeführt ist. v. Gierke stellt ohne nähere Begründung lediglich darauf ab, die Dienste seien weniger der Person des AG als vielmehr dem Betrieb als solchem zu leisten. Dieser Ausgangspunkt, mithin Ausgangspunkt der vorerwähnten Lehrmeinung, erscheint bereits bedenklich. Das von ihm an anderer Stelle gegebene Beispiel vom Gesindevertrag muß den Eindruck hervorrufen, daß hierbei noch deutschrechtlich ausgerichtete, grundherrschaftliche Tendenzen mitbestimmend sind, nach welchen das Gesinde quasi als "Gutszubehör" angesehen wurde. Die diesbezüglichen Ausführungen von Oppikofer [251], die im wesentlichen aus rechtshistorischen Tatbeständen hergeleitet sind, liegen offenbar auf der gleichen Ebene; denn unter ausdrücklichem Hinweis auf die Gesindeordnung [252] macht er sich den Gedanken der "organisatorischen Verbindung" des Arbeitsvertrages mit dem "Recht am Unternehmen" zu eigen.

Auch erscheint es nicht unbedenklich, mit Stemmer [253], Kessler [254] sowie den übrigen Autoren gleicher Richtung - wenn diese auch nicht speziell darauf hinweisen - den AN im modernen Großbetrieb als Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen zu wählen. Dabei dürfte bereits über die Frage, wann ein Mittelbetrieb aufhört und der Großbetrieb beginnt, keine Einigkeit bestehen; zumindest ist nicht erkennbar, inwieweit sich für eine derartige Abgrenzung eine klare Verkehrsanschauung

---

Anm.:

251) a.a.O.

252) S. 129

253) a.a.O.

254) S. 34

gebildet hat. Jedenfalls widerspricht die von Literatur und Rechtsprechung hierbei offenbar mitbestimmende Unterstellung, der AN sei im heutigen Arbeitsleben meist im Großbetrieb tätig - gerade er habe im Hinblick auf die fortschreitende Technisierung und Arbeitsteilung dem Verhältnis zwischen AG und AN weitgehend die persönliche Beziehung genommen - sogar eindeutig den statistisch festgestellten Gegebenheiten. Nach der letzten, zur Klärung der Frage des Anteils der AN-schaft in Groß- und Kleinbetrieben in der Bundesrepublik Deutschland durchgeführten Erhebung [255] beträgt die Anzahl der AN in Betrieben von

1	-	9	AN (Kleinbetriebe)	6.086.700
20	-	199	AN (Mittelbetriebe)	3.638.100
200	und	mehr	AN (Großbetriebe)	3.568.700

Dieses Ergebnis zeigt, daß insgesamt 73,1 % der AN in Klein- und Mittelbetrieben, während lediglich 26,9 % der AN in Großbetrieben beschäftigt sind, also ein Verhältnis von 2/3 zu 1/3. Dabei ist noch zu bemerken, daß es zumindest zweifelhaft erscheint, ob ein Betrieb mit über 200 AN bereits zu den Großbetrieben zu zählen ist, sowie ferner, daß bei dieser Erhebung die Land- und Forstwirtschaft mit ihrer Unzahl von Klein- und Kleinstbetrieben nicht miterfaßt ist.

Vom Großbetrieb gewissermaßen als Paradigma der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise zu § 613 Satz 2 BGB auszugehen, erscheint angesichts dieser Umstände kaum angebracht. Man kann somit nicht unter Hinweis

---

Anm.:

255) "Statistik der Bundesrepublik Deutschland", Bd. 47, Heft I, S. 43 - (1950) -

auf die AV in der Großindustrie generell zu der Schlußfolgerung gelangen, es sei eine Entpersönlichung des AV eingetreten. Eine derartige Verallgemeinerung würde damit der Verkehrssitte geradezu widersprechen; steht und fällt doch meist in Klein- und Mittelbetrieben - insbesondere im Handwerk und in der Landwirtschaft - in der Regel der Betrieb mit der Persönlichkeit des Inhabers und gibt ihm erste sein entscheidendes Gepräge. Die Person des AG trit also hier in besonderem Maße in den Vordergrund [256]. Damit dürfte den Vertretern der grundsätzlichen Übertragbarkeit ein wesentliches Argument genommen sein.

Es fragt sich, inwieweit das weitere Argument, das AV sei eher an den Betrieb als an die Person des AG gebunden, einer rechtlichen Untersuchung standhält.

Die Vertreter dieser Meinung gehen davon aus, der AN binde seine Arbeitskraft in erster Linie an den Betrieb, bzw. nach Stemmer [257], er rücke bewußt den Betrieb

---

Anm.:

256) LAG Hamm v. 22/1/59 - BB 59/707 - läßt Anfechtung A-Vertrages durch AN zu, wenn Veräußerer - Landwirt - den in Kürze bevorstehenden Wechsel des Betriebsinhabers verschweigt mit der Begründung, bei AV in landwirtschaftlichen Betrieben sei persönliche Bindung "schlechthin entscheidend"; AG und AN seien hier "in besonderem Maße aufeinander angewiesen."

257) a.a.O.

in den Vordergrund, indem er dabei von der Person des AG abstrahiere. Dieser Gedankengang dürfte sich wohl kaum mit der unbestrittenen dogmatischen Grunderkenntnis vereinbaren lassen, daß sich der AN durch den Arbeitsvertrag dem AG, also einer Person gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet oder nach Nikisch [258] aufgrund des AV die Arbeitskraft dem AG zur Verfügung stellt. Schon bei rein äußerlicher Betrachtungsweise erscheint es ferner nicht verständlich, daß gerade die Autoren, welche sonst das personenrechtliche Element für die Beurteilung des AV in besonders prägnanter und überzeugender Weise hervorheben, auf der anderen Seite jedoch bei der Frage der Übertragbarkeit einen entgegengesetzten Standpunkt einnehmen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die personenrechtliche Komponente des AV in einem Falle ausschlaggebend, im anderen Fall bei Beurteilung desselben AV dieses Element in den Hintergrund gerückt werden soll. Hierbei wird im übrigen vielfach auch weniger mit dogmatischen als mit wirtschaftlichen Argumenten operiert (insbes. dahingehend, Betriebsveräußerungen würden anderenfalls weitgehend erschwert).

Als weitere Inkonsequenz dieser Lehre kommt hinzu, daß sie zur Zession ohne die Zustimmung des AN auszukommen glaubt, diese sogar gegen seinen Willen als zulässig ansieht, während sie auf der anderen Seite bei der Schuldübernahme die Zustimmung des AN für unterläßlich hält. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Lehre im Interesse der risikofreien Durchführbarkeit von Betriebsübernahmen dem neuen AG einen Anspruch auf die Dienstleistungen zubilligt, die Weiterarbeit des AN im Betrieb mithin gewährleistet -

---

Anm.:
258) a.a.O.

dies sogar bis zur Konsequenz der außerordentlichen Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung (so Stemmer a.a.O.) -, auf der anderen Seite derselbe AN ohne besonderen Grund seine Weiterarbeit verweigern kann, weil er sich einen Schuldnerwechsel gegen seinen Willen nicht gefallen zu lassen braucht. Es wird doch einem AN, dem zunächst von einer Betriebsübernahme Betroffenen, kaum einleuchten, daß bezüglich seiner Dienstleistungen die Person des AG in den Hintergrund tritt und der Betrieb in erster Linie entscheidend sein soll, er also einen AG-Wechsel ohne weiteres hinnehmen muß, während hinsichtlich der Lohnseite die Person des Betriebsinhabers von ausschlaggebender Bedeutung sein soll, der AN also ohne weiteres seine Weiterarbeit einstellen kann. In einem Fall soll damit sein Wille unterstellt werden, die Arbeit fortzusetzen, im anderen Fall - bezüglich des Lohnes - soll nicht unterstellt werden können, daß er mit jedem neuen Inhaber den Arbeitsvertrag fortsetzen will. Diese Lehre erscheint auch in diesem Punkte nicht recht einleuchtend.

Insofern dürfte daher die Ansicht von Staudinger-Nipperdey und Staub [259], die Zustimmung des AN gelte sowohl für die Zession auch für die Schuldübernahme als stillschweigend im voraus erteilt, als folgerichtiger angesehen werden.

Ein weiteres Argument der herrschenden Lehre geht dahin, die betrieblichen Erfahrungen bzw. Verkehrssitte zeigten, daß die AN in der Regel bereit seien, die Verträge mit dem Erwerber fortzusetzen und diese auch tatsächlich fortsetzten [260]. Hierbei dürfte

Anm.:

259) a.a.O.

260) insbes. Hueck a.a.O.; BAG a.a.O.

wohl insofern ein Gedankensprung gemacht werden, als die Frage, ob die Zustimmung zur Übertragung des Anspruches auf Arbeitsleistung erforderlich ist, keineswegs auf der gleichen Ebene liegt wie die, daß sie aus irgendwelchen Gründen im Regelfalle auch erteilt wird. Das Verbleiben der AN im Betrieb geschieht vielmehr aus wirtschaftlichen Erwägungen, sei es, daß ein Arbeitsplatzwechsel einen mit unliebsamen Unkosten verbunden Wechsel des Wohnsitzes bzw. erhöhte Fahrtgeldkosten erforderlich macht oder aus anderen Motiven ähnlicher Art. Auch spielen mitunter rein psychologische Momente dabei eine Rolle. Nicht zuletzt ist der Wunsch, den Arbeitsplatz zu wechseln, eine Funktion des Alters [261]. Auch soll letztlich das Moment der Mentalität nicht unerwähnt bleiben: Bekanntlich ist gerade dem deutschen AN ein größeres Beharrungsvermögen eigen als seinem Kollegen in USA. Derartige Einstellungen können sich aber in der Praxis durchaus ändern, wie gerade die derzeitige Entwicklung des Arbeitsmarktes zeigt, wo angesichts empfindlichen Fachkräftmangels und der dadurch bedingten Angebote besonders günstiger Arbeitsbedingungen ein AN eher geneigt sein wird, seinen Arbeitsplatz zu wechseln.

Dieses Argument der herrschenden Lehre scheint daher im Endeffekt im wesentlichen von Erwägungen getragen

---

Anm.:

261) Bei Jugendlichen und jüngeren Gruppen bis etwa zu 40 Jahren ist eine starke Fluktuation feststellbar; nach jüngsten Erhebungen wünschen lediglich 15 % dieser Gruppe, im Betrieb zu verbleiben; im Alter von 40 bis 50 Jahren 25 %; im Alter von über 50 Jahren bis zu 50 %; vgl. Mensch und Arbeit, 1957 S. 151.

zu sein, die es auf rein subjektive Momente abstellen, und dürfte somit als kaum geeignet für die Unterstellung einer grundsätzlichen Zustimmung zur Fortsetzung der Arbeit bei jedem dritten Betriebsinhaber angesehen werden. Es müßten vielmehr schon objektive Momente gegeben sein, die darauf hinweisen, daß dem AN im konkreten Fall die Person des AG gleichgültig sein muß [262].

Für die Beurteilung des § 613 BGB ist das zwischen den Vertragsparteien bestehende persönliche Vertrauensverhältnis kennzeichnend [263]. Auch heute noch spielt die Persönlichkeit der Partner eine wesentliche Rolle. Der AG wählt seinen AN mit Rücksicht auf dessen Persönlichkeit, Charakter und seine Leistung. Meist vereinbart er mit ihm, wie die Praxis zeigt, zunächst eine Probezeit, - bei gewerblichen AN vielfach von zwei Wochen, bei Angestellten in der Regel von drei Monaten, bei leitenden Angestellten sogar von längerer Dauer, - um sich abschließend über den AN ein Bild machen zu können, bevor er ihn endgültig einstellt.

Auch die Persönlichkeit des AG ist für den Entschluß des AN in der Regel nicht minder von Bedeutung. Trotz der sich insbesondere hiergegen wendenden Kritik der herrschenden Lehre ist auch heute noch für den Betrieb davon grundsätzlich auszugehen, daß es dem AN auf den guten Ruf, auf die Geschäftstüchtigkeit, Zahlungsfähigkeit und ähnliche persönliche Verhältnisse der AG wesentlich ankommt; hängt es doch von diesem entscheidend ab, wie letzten Endes die Organisation des Betriebes in perso-

---

Anm.:

263) vgl. insbes. RGZ 58/256

neller und technischer Hinsicht (bezüglich seines Arbeitsplatzes) gestaltet wird, ob beispielsweise - und dies gibt gerade für den Entschluß des AN vielfach den Ausschlag - etwa übertarifliche Löhne, Prämien, Deputate und ähnliche Vergünstigungen gewährt werden, ob also in sozialer Hinsicht und insbesondere hinsichtlich der sozialen Leistungen eine gewisse Großzügigkeit obwaltet und sicherlich nicht zuletzt die Frage, wie die Pflege der menschlichen Beziehungen im Betrieb sich auswirkt. Selbst bei Großbetrieben kann es unter Umständen hierauf wesentlich ankommen, sofern etwa eine maßgebende Unternehmerpersönlichkeit das Betriebsgeschehen erkennbar wirksam beeinflußt. So gibt es in der Praxis eine Anzahl von Großunternehmern, die zwar die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft gewählt haben, bei denen aber die Persönlichkeit des Unternehmers bzw. dessen Familie von derart ausschlaggebender Bedeutung sind, daß sie dem Unternehmen bzw. dem Betrieb gewissermaßen ihr typisches Gepräge verleihen [264].

Die Persönlichkeit des AG dürfte aber in den Fällen nicht mehr von Bedeutung sein, wo eine solche nicht erkennbar, wo also der Eigentümer völlig anonym ist. [265] Dies kann auch bei Mittelbetrieben und selbst bei Kleinbetrieben der Fall sein, falls diese Betriebe derartigen anonymen Kapitalgesellschaften gehören. Auch bei Regiebetrieben der öffentlichen Hand ergibt sich nicht die Frage nach einer Unternehmerpersönlichkeit. Als Kriterium für ein Zurücktreten des AG im Sinne des § 613 Satz 2 BGB in der

Anm.:

264) etwa Grundig-, Neckermannbetriebe, Röchling.

265) z.B. reine Kapitalgesellschaften wie etwa Mannesmann, Hoesch, Rheinische Stahlwerke, IG-Farbennachfolger u.a.

Regel den Großbetrieb zu sehen, wie die österreichische und Schweizer Lehre, dürfte daher kaum den Kern dieser Bestimmung treffen; richtiger erscheint hierbei die Ansicht, es entscheidend auf die Anonymität als objektiv erkennbarem Moment abzustellen.

Sinn und Zweck des § 613 Satz 2 BGB scheinen mir entscheidend darin zu liegen, den AN davor zu schützen, daß nicht über seinen Kopf hinweg [266] wie eine Sache ("Betriebsinventar") oder eine normale Forderung verfügt wird. Diese Vorschrift ist also als ein Schutzgesetz zugunsten des AN [267] und zugleich als Garantie zur Vermeidung eines Eingriffs in seine Persönlichkeitssphäre anzusehen.

Dafür daß diese Bestimmung ihre frühere, vom Gesetzgeber ursprünglich gewollte Bedeutung vollauf wiedererlangt hat, spricht nicht zuletzt der Umstand, daß nach 1945 zweifellos ein gewisser Meinungsumschwung gegen die Entpersönlichung des AV in Schrifttum und Rechtsprechung feststellbar sein dürfte. Man braucht dabei gar nicht etwa so weit zu gehen und auf das Persönlichkeitsrecht des GG zurückzugreifen, insbesondere das Prinzip des § 613 BGB als durch Art. 12 GG verfassungsrechtlich gewährleistet zu betrachten. So sieht beispielsweise Hamann [268] die Freiheit, den Arbeitsplatz zu wählen, nicht nur in örtlicher Beziehung, sondern zugleich in der Freiheit des AN, als freie Persön-

---

Anm.:

266) Nörpel, a.a.O. "Man kann den AN gegen seinen Willen nicht an einen neuen AG gewissermaßen verkaufen."

267) so auch Kessler, a.a.O.

268) Komm. z. GG, Art. 12, Anm. C

lichkeit darüber zu entscheiden, ob und mit welchem AG er ein AV eingehen will. Es erscheint zudem auch nicht notwendig, derartige Erörterungen verfassungsrechtlichen Charakters zu vertiefen, da bereits der Wille des Gesetzgebers hinreichend klar zum Ausdruck gekommen sein dürfte.

Als Ergebnis unserer Betrachtungen zu § 613 Satz 2 BGB bleibt somit festzuhalten, daß an diesem Gesetzesprinzip auch heute noch grundsätzlich festzuhalten ist, die Abtretung des Anspruchs mithin der Zustimmung der betroffenen AN bedarf, es sei denn, daß nach objektiv erkennbaren Umständen die Persönlichkeit des AG keinerlei Rolle für die Entscheidung des AN, in dessen Dienste zu treten, gespielt haben kann.

Eine andere, mit diesem Problem nicht zu verquikkende Frage ist die, inwieweit diese Zustimmung im Einzelfall als stillschweigend erteilt angesehen werden kann. Dies liegt in der Regel dann vor, wenn der AN widerspruchslos die betriebliche Arbeit in Kenntnis der Betriebsübernahme fortsetzt.

Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen, daß in Schrifttum und Rechtsprechung Einigkeit darüber besteht, daß der Anspruch des Lehrherrn auf die Dienste des Lehrlings als unübertragbar anzusehen ist [269]. Dies ist ohne weiteres einleuchtend, beruht doch das Lehrverhältnis als Berufserziehungsverhältnis in besonders

---

Anm.:

269) Stemmer, S. 58; Hilse, Seuff. Arch. 08/616; Recht, 10/282; Soergel-Siebert, Anm. zu § 613 BGB

starkem Maße auf persönlichem Vertrauen und weist darüberhinaus noch erziehungsrechtliche Elemente auf. In entscheidender Weise hängt vielfach von der pädagogischen Begabung der Lehrherrn die berufliche Zukunft des Lehrlings ab. Ähnliche Erwägungen dürften auch für den Volontär gelten (so Stemmer a.a.O.).

Im Rahmen dieser Problematik sei ferner der Vollständigkeit halber noch auf eine Sondermeinung von Staub - Bondi [270] hingewiesen, die außerhalb der üblichen Erörterungen zu diesem Thema liegt. Er gelangt zu dem Ergebnis der prinzipiellen Übertragbarkeit des Anspruchs der Dienstleistungen bei Betriebsübernahmen auf indirektem Wege, indem er annimmt, die Verweigerung der Arbeitsfortsetzung beim Betriebsübernehmer stelle eine böswillige Unterlassung von Dienstleistungen im Sinne des § 615 BGB dar mit der Folge, daß der ursprüngliche AG, mit welchem der Vertrag noch weiterläuft, und der sich daher in Annahmeverzug befindet, die Zahlung der vertragsgemäßen Bezüge durch Anrechnung der Vergütung für die beim Übernehmer unterlassenen Dienste ablehnen könne. Böswilligkeit sieht er nur dann als nicht gegeben an, wenn tatsächlich objektiv triftige Einwendungen gegen die Person sowie den Betrieb des AG bestehen.

Bereits aus dem Begriff "Böswilligkeit", den das Gesetz auch in § 324 BGB verwendet, ergibt sich, daß die Staub'sche Auffassung als zu weitgehend erscheint. Im Strafrecht wird unter "Böswilligkeit" sogar eine Handlung aus "verwerflichen Beweggründen"

Anm.:

270) Anm. 27 zu § 70 HGB

angenommen [271]. Für das Privatrecht ist zweifellos die Annahme eines verwerflichen Beweggrundes in diesem Sinne nicht zu verlangen. Wenn man sich jedoch diese Parallele aus dem Strafrecht vor Augen hält, so dürfte ohne weiteres einleuchten, daß allein der Vorsatz, Dienste bei einem Dritten nicht zu leisten, nicht ausreichen kann. Um den Tatbestand der "Böswilligkeit" zu erfüllen, muß sicherlich noch ein Mehr, nämlich die Absicht hinzukommen, den Gläubiger zu schädigen [272]. Das RAG [273] hat hierzu im einzelnen ausgeführt, die Zumutbarkeit anderweitiger Diensteleistungen (auf die Staub offenbar abstellt) [274], sei hier nicht maßgebend, sondern nur der auf Schädigungszweck gerichtete Wille des AN. Eine andere Deutung läßt der Begriff "Böswilligkeit" nicht zu. Auch wird dabei mitunter die Meinung vertreten, es genüge bereits Treulosigkeit, bzw. die Absicht, die Möglichkeit, untätig zu bleiben, wider Treu und Glauben für sich auszunutzen [275]. Auch

---

Anm.:

271) Schönke - Schröder, Bem. II, 1, b, j zu § 96 StGB

272) Staudinger-Werner, Anm. I, 3, b, j, zu § 324 BGB, Denecke, RGR-Komm., Anm. 4 zu § 615 BGB

273) ARSlg. 30/113 v. 26/5/37: "wenn nicht aus sachlichen Bedenken, sondern in der Absicht, nicht bloß in der Erkenntnis zu schädigen, abgelehnt wird." Ebenso LAG Hannover AP 53/136; LAG Frankfurt BB 56/1199

274) so auch im Grunde Staudinger-Nipperdey, Anm. V, 2, c zu § 615 BGB, der nur dann die Anrechnung bejaht, wenn der AN sich aus Willkür zur Fortsetzung der Arbeit weigert.

275) Ermann-Groepper, Anm. 3 zu § 324 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 46, Anm. 19; Palandt-Danckelmann, Anm. 4, b, zu § 324, RGR-Komm., Anm. 1 b zu § 324 Hueck-Nipperdey, § 44 II/2(299), Nikisch, S.249; LAG Düsseldorf, Betr. 56/848 (BB 56/1119); LAG Frankfurt BB 56/1119: Es genüge das Bewußtsein, daß er durch Ablehnung einer zumutbaren Arbeit den AG schädige.

diese Auslegung läßt in ihrer Verallgemeinerung sich kaum mit dem Tatbestandsmerkmal "Böswilligkeit" vereinbaren. Eine Treulosigkeit braucht in der Tat nicht in jedem Falle zugleich eine Böswilligkeit zu sein. In subjektiver Hinsicht bzw. an Gesinnung oder innerer Einstellung des AN muß eben noch ein Mehr hinzukommen.

Auch seine Befürchtungen, er verspreche sich nichts von einer gedeihlichen Arbeit beim neuen AG, was wohl das häufigste Motiv bei Nichtwiederaufnahme der Arbeit sein wird, kann nicht mit der Folge aus § 615 BGB verknüpft werden, da für die Anwendung dieser Bestimmung nicht entscheidend sein kann, ob diese Befürchtungen auch objektiv begründet sind [276].

Der Ansicht von Staub vermag ich daher nicht zu folgen. Wenn allerdings die Umstände des Einzelfalles nachweislich auf Schädigungsabsicht schließen lassen, so steht der Anwendung des § 615 BGB nichts im Wege. Ein derartiger Fall dürfte jedoch in der Praxis äußerst selten vorkommen, wie man sich überhaupt schlecht Fälle denken kann, in denen der AN ohne irgendeinen triftigen Grund die Fortsetzung der Arbeit ablehnt.

Die erforderliche Übertragung des Anspruchs auf Arbeitsleistung durch den Betriebsveräußerer auf den Erwerber kann ausdrücklich erfolgen, was meist durch entsprechende Vereinbarungen im Veräußerungsvertrag festgelegt wird [277], oder sie ergibt sich aus den

Anm.:

276) RAG a.a.O.

277) Das gleiche gilt sinngemäß beispeilsweise für den Pachtvertrag oder für eine Nießbrauchsbestellung.

Umständen und zwar in der Regel daraus, daß dem Erwerber die Arbeitskräfte tatsächlich zur Verfügung gestellt werden. Man kann dabei auch unbedenklich soweit gehen und grundsätzlich den Übernahmeweillen des Erwerbers im Zweifel als vorliegend vermuten; denn es dürfte durchaus der Verkehrsanschauung entsprechen, daß der Erwerber eines Betriebes, sofern er nicht lediglich einen "toten" Betrieb, d.h. zum Beispiel die Anlagen übernimmt, im Interesse des reibungslosen und erfolgreichen Betriebsfortganges die darin beschäftigten AN auch für sich weiterarbeiten lassen will [278]. Die gleiche Vermutung dürfte ebenfalls für kranke und beurlaubte AN gelten [279]. Naturgemäß kann für eine derartige Vermutung dann kein Raum bleiben, wenn die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles auf einen entgegenstehenden Willen schließen lassen. Dies ergab sich bekanntlich verhältnismäßig häufig in den Krisenjahren nach dem ersten Weltkrieg sowie im Verlauf der Weltwirtschaftskrise, als zahlreiche Betriebsübernahmen zu Sanierungszwecken erfolgten, wobei in dem Bestreben, die Betriebe wieder produktiv zu gestalten, zu einem Personalabbau geschritten werden mußte.

Die Umstände des Einzelfalles können auch ergeben, daß durch entsprechende Auslegung die Mitteilung von der Übertragung des Betriebes an die AN - etwa durch Aushang am schwarzen Brett - als Übertragungsangebot der Dienstleistungsansprüche des Veräußerers an den

---

Anm.:

278) BAG 26/5/55 - 2 AZR - 38/54 - in AP No. 1 zu § 613 BGB; Hueck-Nipperdey a.a.O., Staudinger-Nipperdey a.a.O.

279) so im Ergebnis LAG Frankfurt 22/5/51,, AP 51/259

Erwerber angesehen wird [280]. Diese Mitteilung würde dann die "Anzeige" im Sinne des § 409 BGB darstellen. Setzt in diesem Fall der AN in Kenntnis der Betriebsübernahme - die Kenntnis ist aber auch notwendig; Übernahme von Aktiven und Passiven allein dürfte nicht ausreichen; da sie lediglich intern zwischen Veräußerer und Erwerber erfolgt [281] - die Arbeit fort, so stimmt er stillschweigend der Abtretung zu. Es ist Sache des AN, falls er nicht einverstanden ist, Widerspruch zu erheben; denn die Übertragung des Anspruchs und die Zustimmung sind in tatsächlicher Hinsicht als Regel anzusehen [282], so daß es an ihm liegt, seinen etwa entgegenstehenden Willen zum Ausdruck zu bringen [283].

Andererseits genügt zur Ablehnung eines AN durch den Erwerber nicht etwa, daß dieser Ausschluß in einer Vereinbarung zwischen diesem und dem Veräußerer festgelegt wird, wie dies vom LAG Heidelberg vertreten wird [284]. Eine solche Vereinbarung hätte lediglich internen Charakter und wäre darüber hinaus dann nicht abzuschließen, wenn etwa wie beim sog. originären Betriebserwerb auf der Gegenseite des Erwerbers kein Vertragspartner vorhanden ist [285].

Wie bereits ausgeführt, erlangt der Erwerber die volle AG-Stellung erst dann, wenn er gleichzeitig

---

Anm.:

280) Enneccerus-Lehmann, S. 581; Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Palandt (Voraufl.) zu § 613 BGB; ähnlich Kaskel, S. 74.

281) RGZ 36/50

282) so auch Hueck-Nipperdey, a.a.O.

283) Düringer-Hachenburg, Anm. 13 zu § 70 HGB; Sigel, S. 84)

284) 28/4/50, AP 50/300

285) Beitzke, a.a.O.

die Verpflichtungen, d.h. insbesondere die Lohnschulden des bisherigen AG übernimmt. Hierzu ist die Zustimmung des AN, wie dies im übrigen auch von der herrschenden Meinung einhellig vertreten wird, in jedem Falle erforderlich. Diese kann ebenso wie im Falle des § 613 Satz 2 BGB ebenfalls stillschweigend erteilt werden [286].

Durch Zession und Schuldübernahme wird die Identität eines Schuldverhältnisses nicht berührt. Es handelt sich somit bei dem auf diese Weise übertragenen Arbeitsvertrag zwischen Erwerber und AN um die Fortsetzung des gleichen, nicht etwa um den Abschluß eines neuen aber inhaltsgleichen Vertrages [287]. Die bisherigen Vertragsbedingungen gelten daher unverändert fort, was insbesondere für Kündigungsfristen und Lohnansprüche von wesentlicher Bedeutung ist. Der Erwerber übernimmt sämtliche Pflichten aus dem fortgesetzten Arbeitsvertrag.

Anm.:

286) Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Staudinger-Nipperdey, a.a.O., der der Annahme ist, diese Zustimmung sei bereits auch hier mit Einstellung in den Betrieb im voraus erteilt.

287) Hueck-Nipperdey a.a.O.; Düringer-Hachenburg, a.a.O.; Hölder, Recht, 1908/469; a.A. Demelius, Dogm. J. 72/241 ff; Vanselow, Schi W, 1922/95 ff; Kreller, AcP, 125/146 ff; Stemmer, S. 44; Sigel, S. 84; Grell, S. 116; Beitzke, BB 50/761, kann nur mit Vorbehalt genannt werden, da seine Erörterungen sich im wesentlichen auf Ostenteignungen beziehen, bei welchen andere tatsächliche Voraussetzungen als bei normalen Betriebsübertragungsfällen gegeben sein dürften.

Vom Zeitpunkt der Betriebsübernahme ab tritt bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 398 ff, 414, 415 BGB der Erwerber in die laufenden Arbeitsverhältnisse ein, während der alte AG von dem gleichen Zeitpunkt ab aus seinen bisherigen Verpflichtungen befreit wird [288]. Für den bis zu diesem Zeitpunkt bereits verdienten Lohn haftet grundsätzlich der alte AG; denn dies wird, falls nicht eine abweichende Vereinbarung vorliegen sollte, in aller Regel dem Parteiwillen entsprechen. Auch kann sich dann etwas anderes ergeben, falls der gesetzlich festgelegte Tatbestand der §§ 419 BGB, 25 HGB gegeben ist.

Zusammenfassend ist also festzuhalten: Damit der neue AG mit allen Rechten und Pflichten in die alten AV unter Wahrung ihrer Identität eintritt, ist es erforderlich, daß der Betriebsveräußerer unter Zustimmung der AN die Ansprüche auf Arbeitsleistungen an den Erwerber abtritt, und dieser gleichzeitig die Lohnschuld des Veräußerers übernimmt, wobei noch zusätzlich zu bemerken ist, daß

a) die hierfür erforderlichen Voraussetzungen vielfach auch stillschweigend erfüllt werden,

b) bei Annahme von stillschweigenden Vertragsabschlüssen im Interesse der AN eine möglichst weite Auslegung geboten erscheint.

Es kommt aber auch vor, daß keine Vereinbarungen - auch nicht stillschweigend - zwischen Veräußerer

---

Anm.:

288) Hueck-Nipperdey, a.a.O., ebenso BAG, in AP No. 1 zu § 613

und Erwerber bezüglich der AN getroffen werden. In einem derartigen Fall kann von einer "Übertragung" des Arbeitsvertrages in dem dargelegten Sinne rechtlich nicht die Rede sein. Hier wird vielmehr, falls der AN in Kenntnis der Betriebsübernahme die betriebliche Arbeit fortsetzt, stets ein neuer Arbeitsvertrag stillschweigend abgeschlossen. Mangels Kündigung des alten Vertrages durch den Veräußerer bleiben arbeitsvertragliche Beziehungen zwischen diesem und dem AN weiterhin bestehen mit der Folge, daß falls etwa der neue AG zahlungsunfähig werden sollte, der AN sich erfolgreich wegen seines Lohnes aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges an den alten AG halten kann (§ 615 BGB). Dies kann er allerdings normalerweise nicht; denn er müßte nach der gleichen Bestimmung sich das anrechnen lassen, was er beim neuen AG erwirbt. Mitunter kann auch in der Fortsetzung der betrieblichen Arbeit durch den AN und des damit verbundenen stillschweigenden Vertragsabschlusses mit dem neuen AG eine konkludente Kündigung des alten Arbeitsvertrages seitens des AN gesehen werden. Mit dieser Annahme ist jedoch einige Zurückhaltung geboten; denn es ist im allgemeinen nicht anzunehmen, daß der AN sich ohne weiteres des ihm unter Umständen zustehenden Rechtsvorteile aus § 615 BGB begeben will. Hier kommt es im wesentlichen auf die Umstände des Einzelfalles an.

Abschluß eines neuen Vertrages müßte auch in dem Fall angenommen werden, wenn der Veräußerer zwar gekündigt hat, aber keine Vereinbarungen zwischen den den Veräußerungsvertrag abschließenden Parteien feststellbar wären und sich auch nicht aus den Umständen erkennen ließen.

Falls in solchen Fällen ein neuer Vertrag zustandekommt, so fragt es sich, welche Vertragsbedingungen dabei maßgeblich sind. Auch hier ist eine Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242 BGB) geboten. Es kommt dabei darauf an, wie das nach außen hin in Erscheinung tretende tatsächliche Verhalten des Betriebserwerbers nach diesen Grundsätzen von den AN verstanden werden konnte, und ob sie diese Willenserklärung in diesem Sinne verstanden haben. Dabei ergibt sich in der stillschweigenden Weiterbeschäftigung des AN auf seinem bisherigen Arbeitsplatz, ohne daß von einer Änderung der bisherigen Vertragsbedingungen die Rede ist, daß diese Tätigkeit auch unter diesen Bedingungen fortgesetzt werden soll. Der AN kann, sofern die besonderen Umstände des Einzelfalles nicht eine andere Annahme rechtfertigen, in solchen Fällen durchaus davon ausgehen, daß für ihn die Weiterbeschäftigung die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit unter den gleichen vertraglichen Bedingungen bedeuten soll [289]. Hier liegt also zwar ein neuer Arbeitsvertrag vor, der aber mit dem bisherigen als inhaltsgleich anzusehen ist. Der gleiche Gesichtspunkt ergibt sich beim sog. originären Betriebserwerb, bei welchem dem Erwerber kein Veräußerer gegenübersteht. Auch hier können unbedenklich bei Schweigen des Erwerbers die gleichen Folgerungen gezogen werden.

Andrerseits ist es rechtlich aber durchaus möglich, daß zwischen dem Betriebserwerber und den AN neue Vertragsbedingungen vereinbart werden [290].

Anm.:

289) RAG, ARSlg. 23/204

290) RAG, a.a.O., st. Rsp.; Hueck, BB 51/365; Hueck-Nipperdey a.a.O.; Staudinger-Nipperdey a.a.O.

Bei der Beurteilung der Frage, ob in concreto die alten Vertragsbedingungen weitergelten sollen oder ob neue Arbeitsbedingungen als vereinbart anzusehen sind, müssen die Willenserklärungen des neuen AG unzweideutig sein. Unklarheiten und Zweifel an ihrer Bedeutung gehen unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben zu seinen Lasten [291]. Darüber hinaus ergibt sich aber auch aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht, die nunmehr dem neuen AG obliegt, das Gebot, sich seinerseits Kenntnis von den bisher geltenden Arbeitsbedingungen zu verschaffen und alles zur notwendigen Klarstellung der Rechtslage Erforderliche zu veranlassen.

Wenn auch der Betriebserwerber auf der einen Seite nicht gezwungen werden kann, in die Verträge einzutreten, so erfordert doch auf der anderen Seite die Fürsorgepflicht des alten AG gegenüber seinen AN sowie der Grundgedanke des Ksch-Rechts, daß er sich ernsthaft bemüht, den Erwerber zur Übernahme sämtlicher Arbeitskräfte zu bewegen [292]. Unterläßt er dies, oder gelingt es ihm nicht, so hat dies allein rechtliche Folgen hinsichtlich der Vertragsbeziehungen zwischen ihm und den AN. Da zwischen dem Erwerber und den AN ohne entsprechenden - ausdrücklichen oder stillschweigenden - Vertragsabschluß keine Rechtsbeziehungen zur Entstehung gelangen können, ist es auch nicht möglich, solche rechtliche Beziehungen aufgrund etwaiger Schadensersatzansprüche des AN gegen den Veräußerer zwischen Erwerber und AN zu begründen.

Anm.:

291) LAG Kiel 19/10/50, AP 51/153 m. zust. Anm. von Denecke

292) Hueck, Anm. 38 a zu § 1 KschG sowie Nipperdey a.a.O.

Die Ablehnung eines AN durch den Erwerber ist jedoch dann nicht möglich, wenn durch besondere gesetzliche Vorschrift ein ipso jure - Übergang der AV festgelegt ist. In disen Fällen bedarf es weder einer Übertragung noch einer Neubegründung des AV; ein etwa entgegenstehender Wille des Erwerbers ist dann stets unbeachtlich.

So werden beispielsweise gemäß VO zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1/9/39 in Verbindung mit dem Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer vom 19/6/50 [293] - Heimkehrergesetz - AVerhältnisse durch Einberufung zum Wehrdienst nicht aufgelöst; beiderseitige Rechte und Pflichten ruhen und leben mit der Rückkehr des Heimkehrers rückwirkend wieder auf. Aufgrund der absoluten Unkündbarkeit des AV sowie im Hinblick auf das rückwirkende Wiederaufleben der beiderseitigen Rechte und Pflichten ist anzunehmen, daß nach dem sozialpolitischen Zweck dieses Sondergesetzes ein etwaiger AG-Wechsel völlig unberücksichtigt bleiben soll. Dies ist auch, soweit ersichtlich, einhellige Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung [294]. Dem Heimkehrer steht mithin

---

Anm.:

293) RGBl. I/1683 u. BGBl. I/221

294) Nikisch, S. 560 ff; Gross, AR-Blattei, Heimkehrer aus dem Wehrdienst, C, IV, 3; Draeger, Anm. 5 zu § 7 Heimk. G.; Wilrodt-Gotzen, Anm. 12 zu § 18 SBG; Beitzke BB 50/761; Denecke BB 50/678; LAG Hamm, 21/8/51. BB 51/1005 ff; LAG Hannover 24/1/49, Betr. 49/132; v. 25/9/50, BB 50/759; LAG Frankfurt 20/10/49, AP 50/144; v. 22/5/51, AP 51/259; LAG Bremen 30/5/51, AP 51/260 ; Arb. Ger. Stade 23/10/48, ARSt II/469 u. 852

gegenüber dem Betriebserwerber ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu. In den Urteilsbegründungen heißt es meistens, Sinn und Zweck dieses Gesetzes spreche dafür, das AV nicht an den AG sondern an den Betrieb zu binden. LAG Hannover [295] spricht sogar davon, der Anspruch des Heimkehrers richte sich gegen den Betrieb als solchen, sieht diesen also hierbei gewissermaßen personifiziert als selbständigen Pflichtenträger an. Derartige Erwägungen erscheinen auch in diesem Zusammenhang bedenklich. Richtiger dürfte es vielmehr sein, das an sich zu billigende Ergebnis dogmatisch damit zu begründen, daß nach Sinn und Zweck dieses Gesetzes angesichts der absoluten Unkündbarkeit als Ausnahmeregelung ein im Rahmen des sozialen Rechtsstaats fundierter echter Bestandsschutz für den betreffenden Arbeitsplatz geschaffen ist. Dadurch, daß nur derjenige AG, welcher über den Betrieb Verfügungsgewalt hat, in der Lage ist, dem AN diesen konkreten Arbeitsplatz zu garantieren, ist auch nur der jeweilige Betriebsinhaber imstande, die gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, d.h. dem AN diesen Arbeitsplatz wiedereinzuräumen. Insofern richtet sich daher der Anspruch gegen den jeweiligen Betriebsinhaber. Dieser ist also quasi mit einer öffentlich-rechtlichen Pflicht belastet - statuiert sowohl im Interesse des AN selbst als auch im öffentlichen Interesse -, mit dem Heimkehrer den bisherigen Arbeitsvertrag fortzusetzen.

Eine analoge Regelung wie in den vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen ist im Gesetz über den Schutz

---

Anm.:

295) a.a.O.

des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst vom 30/3/57 [296] - Arbeitsplatzschutzgesetz - vorgesehen. Gemäß § 1 dieses Gesetzes ruht das AV während des Grundwehrdienstes und der Dauer der Wehrübung. Nach § 2 besteht für den geschützten Personenkreis für diese Zeit absoluter Kündigungsschutz. Nach Wiederaufnahme der Arbeit im Anschluß an Wehrdienst oder -übung lebt das alte AV rückwirkend wieder auf (§ 6). Sinn und Zweck dieses Gesetzes sind die gleichen wie bei der VO v. 1939 und dem Heimkehrergesetz. Auch die Bestimmungen, durch welche dieser Zweck verwirklicht werden soll, sind nahezu identisch. Übrigens findet die Argumentation über den Bestandsschutz insofern durch das Gesetz eine gewisse Bestätigung, als dieses - nach seiner Überschrift zu urteilen - sich selbst "Arbeitsplatzschutzgesetz" bezeichnet.

Es ergeben sich damit beim Betriebsinhaberwechsel auch dieselben rechtlichen Folgerungen.

Ähnliche Erwägungen dürften bei Anwendung des Mutterschutzgesetzes in Betracht gezogen werden. Gemäß § 9 MschG besteht ebenfalls im Prinzip absolutes Kündigungsverbot [297]. Da dieses Gesetz zweifellos als Maßnahme des Arbeitsschutzes anzusehen ist, liegt ihm eine ähnliche ratio zugrunde. Auch hier ist der Schutz des Arbeitsplatzes im Interesse werdenden Lebens und der Gesundheit der Mutter, mithin zugleich im öffentlichen Interesse gegeben [298].

Anm.:

296) BGBl. I/293

297) Nur in "besonderen Fällen" kann "ausnahmsweise" behördliche Zustimmung zur Kündigung erteilt werden. § 9 II, MschG.

298) vgl. § 9 MschG und Grundsatz der Sozialstaatlichkeit, LAG Düsseldorf 23/2/56 AP No. 2 zu § 620 BGB

Beim Kündigungsschutz des Schwerbeschädigten erscheint die Rechtslage weniger klar. (§ 14 SGB). Dieser Kündigungsschutz ist im Gegensatz zu den zuvor erörterten Gesetzesbestimmungen nicht mit absoluter Wirkung ausgestaltet. § 18 SBG sieht vielmehr weitgehende Ausnahmebestimmungen vor. Mit Zustimmung der Hauptfürsorgestelle kann immer die ordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Diese Instanz muß sogar ihre Zustimmung im Falle der Stillegung und soll sie auch dann erteilen (d.h. in Verwaltungsstreitverfahren kann die Zustimmung erstritten werden), falls der AG seiner Beschäftigungspflicht genügt hat und sich verpflichtet, anstelle des ausscheidenden andere Schwerbeschädigte zu beschäftigen. Der Hinweis von Wilrodt-Gotzen [299], die Beschäftigungspflicht des AG beziehe sich nicht auf ihn persönlich und ginge deshalb auf den Betriebsübernehmer über, vermag nicht zu überzeugen. Die Einstellung eines schwerbeschädigten AN beruht nämlich grundsätzlich auf dem Arbeitsvertrag, ist also durchaus auf die Person des AG bezogen; nur wird dabei die etwa fehlende Vertragsannahme des AG durch behördlichen Akt als Maßnahme der Arbeitslenkung ersetzt. Daß von diesem Prinzip auch während der Dauer des Vertrages ausgegangen wird, zeigt die in § 18, Abs. 2, lit. b SBG vorgesehene Austauschmöglichkeit. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht im Falle der Betriebsübernahme eine derartige Möglichkeit ebenfalls gegeben sein soll. Dabei wäre also erforderlich, daß der Erwerber bei etwaiger Ablehnung von Schwerbeschädigten sich verpflichtet, Schwerbeschädigte in gleicher Anzahl wieder einzustellen.

---

299) Anm. 12 zu § 18 SBG

Zigan [300] sieht in der Betriebsveräußerung eine Stillegung im Sinne des § 18 Abs. 1 SBG mit der Folge, daß in diesem Falle die Zustimmung erteilt werden muß. Es erscheint jedoch bedenklich, § 18 I SBG unmittelbar anzuwenden, da in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzung für eine Stillegung nicht gegeben sind. Analoge Anwendung dürfte jedoch erwägenswert sein, worauf noch im Zusammenhang mit § 13 KschG im einzelnen einzugehen sein wird. Es bleibt also daran festzuhalten, daß auch ein Schwerbeschädigter keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gegenüber dem Betriebserwerber geltend machen kann.[301]

Beim Kündigunsschutz des Betriebsrats sind wiederum andere Gesichtspunkte entscheidend. Insbesondere beim Amt des Betriebsrats zeigt sich auf der einen Seite ein kollektiv-rechtliches Element, da dieses Amt auf Wahl beruht, durch welche der betreffende AN Repräsentant der Belegschaft wird [302], und auf der anderen

---

Anm.:

300) Anm. 12 zu § 18 SBG

301) a.A. Monjau, Anm. 2 zu § 18 SBG; Wilrodt-Gotzen, a.a.O.; Sellmann-Evermann, Anm. 11 zu § 18 SBG; Stemmer, S. 37; Grell, S. 147.

302) Nicht des Betriebes, wie Grell (S. 148) annimmt.

Seite das individualrechtliche Element, da ein etwaiger Kandidat ohne AV nicht AN des Betriebes ist und somit kein solches Amt bekleiden kann. Das Betriebsratsamt beruht also auf dem Arbeitsvertrag und nicht umgekehrt. Wenn demnach das Betriebsratsmitglied nach der Betriebsübernahme nicht mehr dem fortgesetzten Betrieb angehört, kann der Erwerber nicht gezwungen werden, diesen AN - ebensowenig wie die anderen - weiterzubeschäftigen. Auch das Betriebsverfassungsrecht verleiht ihm keinen Anspruch, das AV mit dem neuen AG fortzusetzen [303].

Hueck [304] ist offenbar insofern gegenteiliger Meinung, als er die Kündigungsmöglichkeit des Betriebsratsmitglieds durch den Veräußerer aus dem Grund verneint, weil in einer bloßen Betriebsveräußerung keine "Stillegung" im Sinne des § 13 KschG zu ersehen sei. Wenn das Betriebsratsmitglied aus dem Betrieb ausscheiden müsse, würde dem bisherigen AG das normale Kündigungsrecht zustehen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Grundlage des AV bezüglich des Beginns grundsätzlich der freie Arbeitsvertrag ist, und sich aus dem Gesetz, auch nicht etwa aus dem BVG oder aus § 13 KschG - auch nicht mittelbar - etwas anderes entnehmen läßt. Es bleibt daher daran

---

Anm.:

303) RAG v. 5/11/30, ARSlg 10/296; v. 1/10/30 in ARSlg 11/208; Galperin-Siebert, Anm. 100 ff zu § 22 BVG; Herschel-Steinmann, Anm. 12 zu § 13 KschG; Monjau-Heimeeier, Anm. 3 zu § 13 KschG; Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 26 zu § 14 AOG; Beitzke in Anm. SAG 52/59; LAG Bremen 4/4/51, AP 52/50; LAG Kiel, 3/7/57, ARSt XIX/151, 153; a.A. Stemmer, S. 36; Rohwer-Kahlmann, Anm. 3, 25 zu § 13 KschG; Maus, Handb. d. AR, VI, A. S. 11; Dietz, Anm. 30 zu § 22 BVG; Nikisch, S. 540; Grell, S. 147

304) Anm. 22 zu § 13 KschG

festzuhalten, daß der Erwerber grundsätzlich nicht gezwungen werden kann, ein Betriebsratsmitglied zu übernehmen.

Es fragt sich, ob der alte AG nicht etwa in analoger Anwendung der Stillegungsvorschrift dem Betriebsratsmitglied wirksam kündigen kann; denn es wäre nicht recht verständlich und auch wohl kaum folgerichtig, wenn man es zuließe, daß auf der einen Seite der Erwerber berechtigt ist, die Weiterbeschäftigung abzulehnen und der alte AG auf der anderen Seite weiterhin ständig vertraglich gebunden bleiben müßte, obwohl er nicht mehr über den Betrieb verfügungsberechtigt ist. Eine unmittelbare Anwendung der Stillegungsbestimmungen verbietet sich zweifellos, wie auch das LAG Kiel mit Recht betont [305], da bei der Betriebsstillegung und einer Betriebsübernahme andere tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind. Insofern ist Herschel - Steinmann [306] in seiner Begründung nicht zu folgen. Bei der Untersuchung der Frage der analogen Anwendung kommt es darauf an, welcher Rechtsgedanke dieser Stillegungsbestimmung zugrundeliegt. Hierbei ist zunächst vom Betriebsratsamt selbst auszugehen. Dieses Amt ist grundsätzlich ein Ehrenamt (§ 37 BVG), aus dem aber keine Nachteile erwachsen dürfen. Geschützt ist der Betriebsrat durch § 13 KschG, § 19 BVG sowie durch § 37 BVG, welcher eine Lohnminderung bei Arbeitsausfall wegen Betriebsratstätigkeit verbietet. Andererseits sollen einem Betriebsratsmitglied auch durch sein Amt keine Sondervorteile erwachsen. Daraus hat sich

---

Anm.:

305) 3/7/57, ARSt XIX/151, 153

306) Anm. 12 zu § 13 KschG

in der Rechtsprechung folgerichtig der Grundsatz entwickelt, daß dort, wo etwa generell für den gesamten Betrieb Lohnkürzungen oder sonstige Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen (z.B. Kurzarbeit) bei wirtschaftlicher Notlage durchzusetzen sind, das Betriebsratsmitglied sich diese Verschlechterung genau so gefallen lassen muß und dabei nicht besser gestellt werden darf als die übrigen AN [307].

Wenn nun der Unternehmer die Betriebs-und Produktionsgemeinschaft auflöst, so trifft dies in gleicher Weise - generell - alle AN. Das Gesetz hat daher aufgrund dieses allgemeinen Rechtsgedankens bei der Stillegung den Betriebsrat nicht privilegieren können und wollen. Auf der anderen Seite kann es auch dem AG nicht zugemutet werden, dann nocht weiterhin mit einem Betriebsratsmitglied vertraglich gebunden zu bleiben, wenn er nicht mehr in der Lage ist, diesem seinen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

In ähnlicher Weise liegt bei der Betriebsübernahme ein betriebliches Ereignis vor, von welchem bei Kündigung der überwiegenden Mehrheit der AN der größte Teil der Belegschaft unterschiedslos betroffen würde. Es erscheint daher kaum gerechtfertigt, bei einem derartigen, wenn auch nicht den Betrieb als solchen unmittelbar, so doch dessen Belegschaft in ihrer Gesamtheit bzw. ihrer überwiegenden Mehrheit treffenden Ereigniss ein Betriebsratsmitglied zu bevorzugen. Auch in einem solchen Fall lassen es die tatsächlichen Umstände geboten erscheinen, daß

Anm.:

307) RAG, ARSlg. 2/36; 4/312; 12/519; 13/302; 14/53; 15/79; 168

der Betriebsrat nicht besser und nicht schlechter als die übrigen AN dasteht. Eine Analogie zur Bestimmung über die Stillegung erscheint somit durchaus erwägenswert.

Das LAG Kiel [308], welches die Möglichkeit einer solchen Analogie nicht erwähnt, vertritt die Auffassung, daß der frühere AG einem vom Erwerber nicht übernommenen Betriebsratsmitglied erst dann kündigen könne, wenn er durch den Übergang des Betriebes auf den Erwerber aus dem Betriebsrat ausgeschieden sei. Dieser Meinung kann nur unter Vorbehalt zugestimmt werden. Es müßte hierbei vorausgesetzt werden, daß es sich um einen Fall handelt, in welchem nicht der gesamten Belegschaft oder deren überwiegenden Mehrheit gekündigt würde, - denn hier gilt analoge Anwendung der Stillegungsbestimmung - sondern nur einzelnen AN. Ferner darf dabei aufgrund des Veräußerungsvertrages noch nicht feststehen, wer von den Betriebsratsmitgliedern übernommen werden soll. Im Zeitpunkt jedoch, in welchem dies feststeht, ist damit incidenter auch bereits darüber entschieden, mit welchem Betriebsratsmitglied das AV fortgesetzt wird; und soll der betreffende AN nicht mitübernommen werden, so steht damit gleichzeitig fest, daß dieser rechtlich nicht imstande sein wird, das Betriebsratsamt weiterhin auszuüben. Der alte AG kann also dann bereits vorher kündigen, wobei allerdings die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung erst im Zeitpunkt des Betriebsüberganges auf den neuen Erwerber zugehen darf; denn erst von diesem Zeitpunkt ab ist das Betriebsratsmitglied nicht mehr AN des Betriebes und der Kündigungsschutz damit

---

Anm.:

308) a.a.O.

(§ 13 KschG) entfallen. Für diese ordentliche Kündigung gelten dann die allgemeinen Kündigungsvorschriften.

Abgesehen davon wird auch noch zu prüfen sein, was noch an anderer Stelle eingehend behandelt wird, inwieweit im Einzelfall das Betriebsratsamt etwa dadurch erlischt, daß der Betriebsrat infolge völlig anderer Zusammensetzung der Arbeitnehmerschaft nicht mehr als Repräsentant der Belegschaft anzusehen ist.

Darüber hinaus könnte es aber auch vorkommen, daß ein AG unter dem Vorwand einer Betriebsveräußerung etwa mißliebig gewordene Betriebsratsmitglieder entläßt, sie also gewissermaßen maßregelt. In diesem Falle müßten die Gesamtumstände die Absicht des AG vermuten lassen, das Gesetz zu umgehen [309]. Daß aber ernsthafte Unternehmer eine Betriebsübernahme lediglich deswegen in die Wege leiten, um Betriebsratsmitglieder auszuschalten, dürfte in der Praxis kaum vorstellbar sein. Lassen aber dennoch die Umstände hierauf schließen, so käme § 826 BGB mit der Folge zur Anwendung, daß das Betriebsratsmitglied wieder eingestellt werden müßte (§ 249 BGB) - mit Rückwirkung und entsprechenden Lohnansprüchen - und sein Amt wieder auflebt.

Abschließend sei zu der Frage des Übernahmezwanges noch darauf hingewiesen, daß einem AN dann ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung dem Erwerber gegenüber zustehen kann, wenn sich für ihn aus der Übernehmevereinbarung ein echter Vertrag zugunsten

---

Anm.:

309) RAG/1/10/30, ARSlg. 11/208

Dritter ergeben sollte. Dies muß aber entweder klar aus der Vereinbarung ersichtlich sein, oder sich eindeutig aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben [310]. Man kann dabei jedoch nicht soweit gehen und etwa wie das LAG München [311] darin die Regel sehen bzw. eine Vermutung tatsächlicher Art in bezug auf einen derart verpflichtenden Übernahmewillen erblicken.

Anm.:

310) Denecke, RGR - Komm., Anm. 2 zu § 613 BGB, LAG Bremen 4/4/51, AP 52/50

311) 1/2/49, AP 50/10, u. 29/7/54, VA 55/83

3. RUHEGEHALTSVERPFLICHTUNGEN SOWIE SONSTIGE ZUSÄTZLICHE SOZIALE LEISTUNGEN.

Die Frage, ob und inwieweit sich der AN bei bestehendem Ruhegehaltsanspruch im Falle der Betriebsübernahme an den Veräußerer oder Erwerber halten kann, ist in Schrifttum und Rechtsprechung bestritten. Das gleiche gilt für die etwaige Weitergewährung zusätzlicher sozialer Leistungen.

Hierunter werden solche Leistungen verstanden, die sich nicht notwendig aus jedem AV ergeben und nur dann geschuldet werden, wenn dafür eine besondere Rechtsgrundlage vorhanden ist [312]. Dazu gehören außer Pensionen, insbesondere Gratifikationen (Weihnachten oder Jahresabschluß), Bilanzprämien, Sonderzuwendungen aus besonderem Anlaß (Geburt, Heirat, Sterbefall), Ausbildungsbeihilfen, Deputate, kostenfreier Strom-, Gas- und Wasserbezug, Werkswohnung und ähnliche betriebliche Leistungen.

Wenn der Erwerber in die alten Arbeitsverträge eintritt und dabei die volle AG-Stellung des Veräußerers erlangt, so wird er aufgrund der Schuldübernahme auch Schuldner dieser Leistungen, da der Inhalt der bisherigen Arbeitsverträge maßgeblich ist [313]. Wie bei Erörterung der Vertragsübertragung bereits erwähtn, wird der Veräußerer in aller Regel im Augenblick der Übernahme des Betriebes frei, sofern sich nicht im Hinblick auf besondere Vereinbarungen oder aus den Gesamtumständen etwas anderes

---

Anm.:

312) Hueck, BB 51/365

313) RAG, ARSlg. 43/284, v. 2/12/41 (bezügl. Weihnachtsgratifikation); Hueck, a.a.O.

ergibt. Es kann sich allerdings auch eine Mithaftung des Erwerbers für rückständige Leistungen dann ergeben, wenn die Tatbestände der §§ 419 BGB, 25 HGB im Einzelfall vorliegen.

Ebenso wie es dem Erwerber möglich ist, bei Betriebsübernahme andere Vertragsbedingungen mit den AN zu vereinbaren, kann er jedoch die Weitergewährung solcher Leistungen ausdrücklich ablehnen oder die Leistungen der Höhe nach beschränken. Auch kann er wirksam erklären, daß er sich nicht mehr an die vom Veräußerer den AN gegenüber gegebenen Pensionszusagen gebunden ansehe. Falls der AN unter derart veränderten Bedingungen widerspruchslos die Arbeit fortsetzt, so ist darin eine stillschweigende Einigung zu sehen [314]. Eine entsprechende Inhaltsänderung des Vertrages ist dann also wirksam zustandegekommen.

Es kann auch der Fall eintreten, daß der AN sich mit der Herabsetzung seiner künftigen Ruhegehaltsbezüge durch den Erwerber einverstanden erklärt, sich aber Ansprüche gegen den alten AG ausdrücklich vorbehält. Der alte Arbeitsvertrag erfährt unter diesen Umständen zwar eine Inhaltsänderung, verliert dadurch aber nicht seine Identität [315]; es handelt sich also dennoch um Fortsetzung des alten Vertrages. Bei Fälligkeit hat dann der neue AG die reduzierte Pension, wie vereinbart, zu gewähren, während der AN sich darüber hinaus bezüglich des reduzierten Pensionsbetrages insoweit durch Zustimmung des AN aufgrund der Schuldübernahme befreit

---

Anm.:

314) Hueck, a.a.O.

315) Enneccerus-Lehmann § 42, I, 1

wurde. Für eine Anrechnung gem. § 615 BGB [316] ist daher insofern kein Raum.

Falls unter den bereits an anderer Stelle erörterten Voraussetzungen - insbesondere beim "originären" Betriebserwerb - ein neuer aber inhaltsgleicher Arbeitsvertrag mit dem AN zustandekommt und der Erwerber bezüglich bestehender Ruhegehaltszusagen und zusätzlicher sozialer Leistungen dem AN gegenüber keine Erklärung abgibt, oder aus den Umständen des Einzelfalles sich kein entgegenstehender Wille entnehmen läßt, gelten die bisherigen Vertragsbdingungen auch für diese Leistungen sowei Pensionszusagen - deren Kenntnis vom Erwerber naturgemäß vorausgesetzt - stillschweigend weiter. Der Erwerber ist also verpflichtet, die gleichen zusätzlichen sozialen Leistungen weiterzugewähren. Er muß auch etwaige Pensionszusagen des bisherigen Betriebsinhabers gegen sich gelten lassen. Jedenfalls bedarf es, auch wenn er die Arbeitsbedingungen im übrigen beibehalten wissen will, einer eindeutigen Äußerung des Erwerbers, wenn er die Pensionszusage nicht gegen sich gelten lassen oder die zusätzlichen sozialen Leistungen nicht weiter gewähren bzw. ihre Höhe reduzieren will. Auch kann sich ein derartiger Wille aus den Gesamtumständen des Einzelfalles ergeben.

Eine besondere Problematik hat die Frage aufgeworfen, ob Ruhegehaltsverpflichtungen auch dann als übertragen anzusehen sind, wenn der Pensionär schon vor der Betriebsübernahme in Ruhestand getreten ist. Diese Frage ist äußerst umstritten. In dem verständlichen Bestreben, den Pensionär vor dem etwaigen

---

Anm.:

316) so Hueck, a.a.O.

Verlust seiner Pension infolge einer Betriebsübernahme zu schützen, ist die Rechtsprechung in der Zuerkennung eines Anspruches gegen den Betriebserwerber verhältnismäßig weit gegangen [317]. Wenn auch einerseits nicht verkannt werden soll, daß die Arbeit des Pensionärs dem Betrieb als solchem zugutegekommen ist, Pensionslasten nach kaufmännischen Gesichtspunkten meist als aus Betriebsgewinn oder Rücklagen zu zahlende Lasten des Betriebes angesehen werden und den Pensionär noch aus den Nachwirkungen des alten AV gewisse Obliegenheiten treffen (z.B. Verschwiegenheitspflicht über Betriebsgeheimnisse), so darf aber andrerseits nicht außer Acht gelassen werden, daß vertragliche Beziehungen ausschließlich zwischen dem Veräußerer und dem pensionierten AN bestanden haben, daß die AV bei Übernahme des Betriebes bereits beendet waren und die Ruhegehaltsverpflichtung in ihrem Wesen eine Vergütung für die dem früheren Betriebsinhaber geleisteten Dienste darstellt [318]. Es ist daher bei derartigen Streitigkeiten sehr problematisch, rechtliche Beziehungen zwischen dem Erwerber und den Pensionären zu konstruieren.

LAG Bremen [319] - es handelt sich um "originären" Betriebserwerb - stützt sich als Anspruchsgrundlage auf die Nachwirkung betrieblicher AV, die einen Teil der "betrieblichen Ordnung" darstelle, welche auch der Erwerber gegen sich gelten lassen müsse. Diese Argumentation erscheint insofern bereits bedenklich, als die "innere Ordnung des Betriebes" als Rechts-

---

Anm.:

317) LAG Bremen 13/9/50, AP 51/111; LAG Frankfurt 29/11/51 AP 52/131 u.v. 13/3/51 WAR 1951/282

318) Beitzke, BB 51/420

319) a.a.O.

quelle abzulehnen ist und seit langem fast einhellig abgelehnt wird [320]. Überzeugend weist Hueck [321] darauf hin, daß es sich hierbei in Wahrheit lediglich um eine auf den Betrieb beschränkte Verkehrssitte handele, die daher nur im Rahmen der §§ 157, 242 BGB zur Auslegung von Willenserklärungen und Vereinbarungen, nicht aber als selbständige Anspruchsgrundlage Anwendung finden könne.

LAG Frankfurt [322] sieht allein in den Nachwirkungen aus dem AV den Rechtsgrund für den Übergang derartiger Pensionsverpflichtungen. Diese Begründung ist gleichfalls nicht stichhaltig; denn die Nachwirkungen fließen allein aus dem beendeten AV mit dem Veräußerer und sind ohne entsprechende besondere Rechtsgrundlage in keinem Falle geeignet, den Erwerber zu treffen. Es ist daher keineswegs "folgerichtig", wie das LA G Frankfurt annimmt, daß der Erwerber auch in diese Beziehungen eintritt.

Hueck [323] neigt zu der Ansicht, daß ein entsprechender Übernahmewille im Zweifel insofern anzunehmen sei, als solche Verpflichtungen nach kaufmännischer Auffassung als auf dem Betrieb ruhende, aus dem Betriebsgewinn oder etwaiger im Betrieb gebildeter

---

Anm.:

320) Denecke, DAR 1940/141; Reuss, DAR 1940/30 ff; Herschel DAR 1941/72 ff; auch das RAG hat sich späterhin auf seine Entscheidungen in diesem Sinne (RAG, ARSlg, 33/172; 34/185; 37/365; 40/215; 356, 363; 41/36;) nicht mehr berufen; ferner Molitor in Anm. AP 51/111; Hueck-Nipperdey I/§ 8, IV, BAG 8/11/57 - 1 AZR 123/56-BB 58/192

321) a.a.O.

322) a.a.O.

323) BB 51/365; ebenso Heissmann, RdA 55/377

Rücklagen zu zahlende Lasten angesehen würden. Diese Auffassung, bei welcher offensichtlich auch betriebswirtschaftliche Erwägungen wesentlich mitspielen, dürfte als zu weitgehend abgelehnt werden. Wenn man grundsätzlich den Übernahmewillen des Erwerbers bei laufenen AV als gegeben ansieht, weil dies im Interesse des erfolgreichen Fortgangs des Betriebes liegt, so ist dies ohne weiteres einleuchtend. Den Übernahmewillen jedoch auf Verpflichtungen aus erloschenen, mit einem Dritten abgeschlossenen Arbeitsverhältnis erstrecken zu wollen, und zwar aus Verpflichtungen, die sich darüber hinaus nicht notwendig aus einem AV ergeben und daher eines besonderen Rechtsgrundes bedürfen, erscheint äußerst zweifelhaft. Ein derart generelles Prinzip wie Hueck aufzustellen dürfte daher bedenklich erscheinen.

Auf der anderen Seite kann es aber auch fraglich sein, ob der Pensionär selbst damit einverstanden ist, daß die Pensionsverpflichtungen von jedem Dritten Betriebsinhaber übernommen werden [324], denn sonst wären, worauf Beitzke zutreffend hinweist, die verhältnismäßig zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen die Gerichte den in der Zone enteigneten Betriebsinhaber zu Ruhegehaltszahlungen verurteilt haben, schlecht denkbar. Es wird daher doch notwendig sein, dem Parteiwillen in concreto auch in derartigen Fragen mehr Gewicht beizumessen [325] und nicht zu weitgehend mit Unterstellungen zu operieren. Es könnte nämlich sonst unter Umständen fälschlicherweise leicht in dieser Frage der Eindruck erweckt werden, daß ein AN sich bezüglich seiner Ruhegehaltsansprüche wahlweise an den

---

Anm.:

324) Beitzke, BB 50/761; ders. BB 51/420

325) Sieg, BB 52/59

jeweils zahlungskräftigeren AG wenden kann, mit anderen Worten, daß es also letzten Endes weniger auf die vertragliche Grundlage, sondern darauf ankommt, wo der Pensionär am zweckmäßigsten seinen Anspruch zu realisieren in der Lage ist.

Abschließend sei zu diesem Problem noch darauf hingewiesen, daß es abwegig sein dürfte, es in diesem Zusammenhang auf den Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung als Anspruchsgrundlage abstellen zu wollen, dies etwa mit dem Hinweis, die Arbeit des Pensionärs sei dem Betrieb und damit auch letzten Endes gleichzeitig dem Erwerber zugutegekommen, die Ablehnung der Pensionszahlung widerspreche daher Treu und Glauben. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Weigerung des Erwerbers lediglich prozentual ein Leugnen des Klaggrundes darstellt und damit, materiellrechtlich gesehen, keinerlei Recht ausgeübt wird [326].

Anm.:

326) Sieg, a.a.O.

4. AUFRECHTERHALTUNG VON MIT DER BETRIEBSZUGEHÖRIGKEIT VERBUNDENEN RECHTEN UND ANWARTSCHAFTEN

Nach verschiedenen gesetzlichen Regelungen können gewisse Rechte erst dann geltend gemacht werden, nachdem der betreffende AN eine bestimmte Zeit dem Betrieb angehört hat. Dies gilt insbesondere beim allgemeinen Kündigungsschutz, welcher gemäß § 1 KschG dem AN erst dann zusteht, wenn dieser länger als 6 Monate ohne Unterbrechung in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt worden ist. Ferner gelangen Anwartschaften auf Ruhegehaltsansprüche in der Regel nach einer "Wartezeit" zur Entstehung, haben also ebenfalls eine bestimmte Dauer der Beschäftigungszeit in demselben Betrieb zur Voraussetzung. Allerdings wird bei Ruhegehaltszusagen vertraglich vielfach auch auf die Dauer des AV bei demselben AG und weniger auf die bloße Betriebszugehörigkeit abgestellt. Desgleichen wird bei Ansprüchen auf zusätzliche soziale Leistungen oft eine gewisse Betriebszugehörigkeitsdauer vorausgesetzt.

Auch läßt sich schon seit den 20er Jahren bis in die heutige Zeit eine starke Tendenz dahingehend erkennen, daß Ansprüche selbst der Höhe nach von der Dauer der Zugehörigkeit eines AN zum Betrieb abhängig gemacht werden. Dies zeigt sich insbesondere bei Tarifverträgen hinsichtlich der Länge des Urlaubs, vor dem Erlaß des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26/6/57 bei Zusage von AG-Zuschüssen zum Krankengeld sowie ferner bei Gewährung von anderen zusätzlichen sozialen Leistungen. Auch werden häufig, abgesehen von der gesetzlichen Sonder-

regelung für die Angestellten, längere Kündigungsfristen in Beziehung zur Dauer der Betriebszugehörigkeit gebracht.

Mag auch wohl ursprünglich die langjährige persönliche Verbundenheit des AN mit dem AG das wesentliche Motiv für die Gewährung derartiger Vergünstigungen gewesen sein, so stellt man es doch heute hierbei in aller Regel nicht mehr auf die Dauer des AV, sondern auf die Zugehörigkeit zum Betrieb ab [327]. Den wesentlichen Ausschlag zu dieser Tendenz gab zweifellos die bekannte Rechtsprechung des RAG zu § 2 AngKschG, die konsequenterweise auch auf tarifvertragliche Bestimmungen, nach welchen die Urlaubsdauer der Betriebszugehörigkeit entsprechend gestaffelt war, ausgedehnt wurde [328]. Wenn in derartigen Fällen allein auf die Betriebszugehörigkeit abgestellt wird, so ist es nur folgerichtig, daß ein AG-Wechsel diese Vergünstigung in der Regel nicht beeinträchtigen kann, d.h. daß der Erwerber, falls er die AN übernommen hat, die beim Betriebs-"Vorgänger" verbrachten Zeiten auch gegen sich gelten lassen muß. Es kommt dabei allerdings auch auf die in Frage stehende Rechtsgrundlage an. Schreibt also ein Gesetz wie z.B. § 1 Abs. II des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle ausdrücklich vor: "Der Zuschuß ... wird erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des AV bei demselben AG gewährt", so bleibt für derartige Erwägungen naturgemäß kein Raum.

Anm.:

327) vgl. Denecke, BB 50/875

328) RAG, ARSlg 2/71 v. 8/2/28; 9/226 v. 16/4/30; 32/95 v. 19/1/38; 37/126 v. 6/9/39

Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Betriebszugehörigkeit als solche kein selbständiges, auch etwa kein neben dem AV bestehendes Recht darstellt, sondern lediglich eine rechtlich erhebliche Tatsache, die nur in Verbindung mit anderen Rechten bedeutsam werden kann [329]. Hierauf hat auch das RAG mit überzeugender Begründung hingewiesen [330] und daher folgerichtig den Standpunkt vertreten, daß der AN sich hierauf nur dann berufen kann, wenn das AV vom Erwerber übernommen, bzw. der AN Gläubiger des entsprechenden Grundanspruchs (z.B. auf Urlaub usw.) gegenüber dem Erwerber geworden ist.

Soweit die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfenden Bestimmungen unabdingbar sind, sie sich also aus Gesetz (falls die diesbezügliche Vorschrift nicht ausnahmsweise dispositiver Natur sein sollte), Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ergeben, ist es für den Erwerber in keinem Fall möglich - auch nicht bei sog. originärem Betriebserwerb - zuungunsten der AN etwa zu vereinbaren, daß für ihn nur die bei ihm abgeleisteten Dienstjahre maßgeblich sein sollen. Hier bleiben also alle sich aus der Betriebszugehörigkeit ergebenden Vergünstigungen aufrechterhalten.

Bei abdingbaren Bestimmungen, insbesondere wenn sie im Einzelarbeitsvertrag vereinbart sind, besteht jedoch für den Erwerber die Möglichkeit, durch Abschluß neuer Verträge oder durch Inhaltsänderung fortgesetzter Arbeitsverträge Gegenteiliges zu vereinbaren. Falls aber in dieser Beziehung keine

---

Anm.:

329) Denecke, BB 50/678

330) RAG, ARSlg. 6/333 v. 3/7/28; 10/300 v. 5/11/30; 21/78 v. 6/7/34; 23/128 v. 20/2/35

Absprachen getroffen werden, so gelten, sofern ein etwa entgegenstehender Wille nicht erkennbar zum Ausdruck kommt, auch diese Vergünstigungen weiter. Überhaupt ist bei Vertragsneuabschlüssen, so insbesondere beim sog. originären Betriebserwerb, im Zweifel anzunehmen, daß derartige Vergünstigungen weiterhin Geltung haben sollen; denn wenn der Erwerber die AV unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der alten Bedingungen, also der Grundansprüche der AN fortführt, so ist damit den AN gegenüber der Wille des neuen AG erkennbar, "alles beim alten zu belassen". Man wird daher in tatsächlicher Hinsicht besonders strenge Anforderungen daran zu stellen haben, wenn etwa im Einzelfalle bei abdingbaren Bestimmungen beim alten AG verbrachte Dienstzeiten nicht berücksichtigt werden sollten.

Es ist also festzustellen, daß bei Betriebsübernahmen die mit der Betriebszugehörigkeit verbundenen Vergünstigungen aufrechterhalten bleiben, es sei denn, daß es sich im Einzelfall um abdingbare Bestimmungen handelt, und der Betriebserwerber eine entsprechende Abänderung der Arbeitsbedingungen mit dem AN wirksam vereinbart hat.

5. ZUSAMMENFASSUNG, KRITISCHE WÜRDIGUNG UND ERWÄGUNGEN DE LEGE FERENDA.

Zusammenfassend ist mithin aufgrund der Erörterungen folgendes leitsatzartig festzustellen:

1) Die Betriebsübernahme ist kein Rechtsinstitut sui generis, sondern ein Tatbestand, der typische Erscheinungsformen erfaßt. Sie kann arbeitsrechtlich dann bedeutsam werden, wenn und soweit der Betriebserwerber in die AV eintritt.

2) Das Gesetz bietet keinen Anhalt für den ipso - jure Übergang der AV.

3) Der Eintritt des Betriebserwerbers in das AV als Ganzes ist möglich, jedoch nur durch Kombination von Forderungsübertragung und Schuldübernahme und der Erfüllung der dabei gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen.

4) Die gesetzliche Auslegungsregel des § 613 Satz 2 BGB, nach welcher der Anspruch auf die Arbeitsleistungen im Zweifel nicht übertragbar ist, ist auch bei Betriebsübernahmen grundsätzlich zu beachten.
Eine Zustimmung gemäß § 613 und § 414, 415 BGB ist in der Regel in der widerspruchslosen Weiterarbeit zu ersehen.

5) In der Annahme stillschweigenden Vertragsabschlusses erscheint zugunsten der AN grundsätzlich eine weitgehende Auslegung geboten. Für den Übernahmewillen des Betriebserwerbers ist im Zweifel eine Vermutung tatsächlicher Art gegeben.

6) Erlangt der Betriebserwerber die volle AG-Stellung des Veräußerers, wird der alte Arbeitsvertrag vollinhaltlich fortgesetzt.

7) Beschäftigt der Betriebserwerber bei Fehlen einer der zur vollen AG-Stellung in diesem Sinne erforderlichen Voraussetzungen AN weiter, ohne daß er eine auf Abänderung der bisherigen Arbeitsbedingungen hinzielende Willenserklärung abgibt, oder die Gesamtumstände des Einzelfalles nicht einen etwa entgegenstehenden Willen erkennen lassen, so wird mit den AN ein neuer aber inhaltsgleicher Arbeitsvertrag abgeschlossen.

8) Der Betriebserwerber kann grundsätzlich mit den AN neue Arbeitsbedingungen vereinbaren.

9) Unklarheiten in dieser Beziehung gehen zu Lasten des neuen AG.

10) Ein ipso-jure Übergang der AV ist dann gegeben, wenn dies vom Gesetz eindeutig festgelegt ist, wie z.B. im Heimkehrerrecht.

11) Der Betriebserwerber ist zu Ruhegehaltszahlungen an die Pensionäre des Betriebsvorgängers nur dann verpflichtet, wenn hierfür ein besonderer Rechtsgrund vorliegt. Die Regel, es bestehe generell ein derartiger Übernahmewillen, ist als zu weitgehend abzulehnen.

12) Soweit an die Betriebszugehörigkeit anknüpfende Bestimmungen unabdingbar sind, muß der Betriebserwerber diese gegen sich gelten lassen. Dies gilt auch beim sog. originären Betriebserwerb.

> Bei abdingbaren Bestimmungen können die Einzelarbeitsverträge zwar in dieser Beziehung zuungunsten der AN abgeändert werden, doch ist im Zweifel davon auszugehen, daß der Erwerber die Vergünstigungen aufrechterhalten wissen will.

Aus diesen Erörterungen wird grundsätzlich der Schluß gezogen werden können, daß man insbesondere unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles sowie unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte mit den gegebenen Vorschriften des Gesetzes auch bei derartig komplizierten Tatbeständen wie bei der Betriebsübernahme in einer Vielzahl von Fällen zu durchaus befriedigenden Lösungen für die Praxis gelangen kann.

Wie die bisherigen Ausführungen zeigten, ist jedoch de lege lata ein Zwang des Betriebserwerbers, in die AV einzutreten, rechtlich nicht einwandfrei zu begründen. Es ist zuzugeben, daß es sozialpolitisch nicht billigenswert sein mag, dem AN einen Rechtsanspruch zu versagen. Schon Flatow [331] spricht von einem im sozialpolitischen Sinne "unerfreulichen Ergebnis". Auch Hueck [332] erwägt, daß man bezweifeln möge, ob diese Regelung der heutigen Auffassung von der Rechtstellung des AN im Betrieb ganz gerecht werde und sich durchaus die Forderung vertreten lasse, daß der AN grundsätzlich, wenn nicht besondere Umstände etwas anderes bedingen, ein festes Anrecht auf seinen Arbeitsplatz erwirbt. Auch Denecke [333]

Anm.:

331) in Anm. zu RAG, ARSlg 10/296

332) BB 51/365

333) BB 50/678

stellt ähnliche Betrachtungen an, bringt aber gleichzeitig auch Argumente sozialpolitischer und volkswirtschaftlicher Natur, die de lege ferenda gegen eine solche Regelung sprechen.

Um eine klare Regelung der Rechtsfolgen einer Betriebsübernahme zu schaffen, hatte bereits der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 [334] in § 25 folgende Sonderregelung vorgesehen:

> "Wird ein Unternehmen veräußert oder aus einem anderen Rechtsgrund von einem Dritten fortgeführt, so sind Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel übertragbar und übertragen.
>
> Mit den Ansprüchen gegen den AN gehen auch die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag des früheren Arbeitgebers auf den neuen AG über."

Der Entwurf geht also eindeutig vom Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage des AV aus und behandelt dabei Rechte und Pflichten gesondert. Bedenken ergeben sich jedoch bei dieser Regelung de lege ferenda insofern, als die Nichtbeachtung des § 613 Satz 2 BGB bzw. die Umkehr der Gesetzesregel nicht vertretbar sein dürfte. Das Prinzip des Übergangs von Rechten und Pflichten, sofern von keiner Seite Widerspruch erfolgt, erscheint jedoch durchaus erwägenswert, damit im Interesse beider Seiten und gleichzeitig auch zwecks reibungslosen Fortganges des Betriebes selbst möglichst bald endgültige Klarheit über das Schicksal der AV geschaffen wird. Die Meinung von Grell [335], diese Regelung würde

---

Anm.:

334) RABl. 1923/S. 498; Kritik von Kreller, AcP 125/146

335) S. 121

verhindert haben, daß im Falle der Weiterbeschäftigung diese zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vor der Übernahme hätte erfolgen können, kann nicht gefolgt werden; denn durch die Fassung "im Zweifel" ist erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß rechtlich durchaus die Möglichkeit gegeben ist, das AV zu anderen Bedingungen fortzusetzen. Diese Regelung läßt also der Vertragsfreiheit an sich freien Raum, nur werden die Parteien zeitlich "unter Druck gesetzt", damit möglichst bald eine Klärung der Verhältnisse erfolgt.

§ 25 AVE (I) enthält allerdings insofern eine Lücke, als der sog. originäre Betriebserwerb hierdurch nicht erfaßt ist; denn hier ist, wie bereits erwähnt, kein Übergang des AV möglich, sondern nur ein neuer Vertragsabschluß. Wenn auch entsprechend der gegebenen Sachlage diese Verträge mit dem alten inhaltsgleich sein sollten, so ist rechtlich dennoch ein "Übergang" der Verträge undenkbar.

Der neue Entwurf von 1938 geht in seiner disbezüglichen Regelung in § 90 wesentlich weiter. § 90 AVE (II) lautet:

> "Geht ein Betrieb, wenn auch unter Abstoßung einzelner Teile oder unter Aufgabe einzelner Betriebsteile in andere Hände über, so tritt der neue Unternehmer in die bestehenden AV ein. Eine abweichende Regelung zwischen dem bisherigen und neuen Unternehmer ist nichtig."

Tatbestandsmäßig ist die Erfassung des Vorgangs der Betriebsübernahme insofern vollständiger, als auch der sog. originäre Betriebserwerb unter diese Be-

stimmung fallen würde. Wesentlich ist bei dieser Regelung des Entwurfs vor allem, daß darin eindeutig ein ipso-jure Übergang des AV angeordnet wird, durch den der Erwerber kraft Gesetzes gezwungen wird, nicht nur die bestehenden AV fortzuführen, sondern auch die bisherigen Arbeitsbedingungen unverändert beizubehalten. Allerdings würde er nach dieser Bestimmung nicht gehalten sein, auch die Ruhegehaltsverpflichtungen gegenüber den Pensionären des Vorinhabers zu übernehmen, da nur von "bestehenden Arbeitsverhältnissen" die Rede ist. Insoweit würde also weiterhin Vertragsfreiheit gelten.

Beide Entwürfe sind bekanntlich nie Gesetz geworden. Es fragt sich, ob etwa eine dieser Vorschriften de lege ferende empfehlenswert erscheint.

Bevor hierauf im einzelnen eingegangen wird, sei noch in kurzen Zügen auf die Lösung des gleichen Problems in ausländischen Rechtssystemen hingewiesen.

Im französischen Recht besteht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Diese ergibt sich aus dem Gesetz vom 19/7/1928, welches Bestandteil des Code du Travail geworden ist. In dessen Buch I, Art. 23 Abs. 7 heißt es wie folgt:

> "S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en societé, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise."

Danach tritt also der neue AG in dem vom Gesetz näher bezeichneten Fällen rechtgeschäftlicher Betriebsübernahme in die Arbeitsverträge ipso jure. Durch den Terminus "notamment" (insbesondere) ist zum Ausdruck gekommen, daß hier keine erschöpfende Aufzählung in Frage steht, sondern daß die Regelung für jeden Fall einer Betriebsübernahme Geltung haben soll [336]. Nach einhelliger Meinung in französischem Schrifttum und in Rechtsprechung muß der neue AG auch die beim Betriebsvorgänger abgeleisteten Dienstjahre des AN in vollem Umfang gegen sich gelten lassen [337].

Dieser gesetzlich normierte ipso jure Übergang des AV bedeutet naturgemäß einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit. Dabei muß man sich jedoch auf der anderen Seite vergegenwärtigen, daß dem französischen Arbeitsrecht ein Kündigungsschutzrecht in unserem Sinne fremd ist. Wenn also der neue Unternehmer aus wirtschaftlichen Erwägungen gezwungen ist, den Personalbestand zu vermindern, so steht ihm nach Übernahme jederzeit der Weg der ordentlichen Kündigung offen, ohne daß sich deswegen Auseinandersetzungen für ihn ergeben [338]. Auch wird eine vor der Betriebsübernahme ausgesprochene Kündigung durch die gesetzliche Regelung nicht berührt [339]. Nach französischer Rechtsauffassung ist der alte AG sogar

---

Anm.:

336) so ausdrücklich, Cour de Cassation, - Zivilsenat - Urteil v. 27/2/34 in Gazette du Palais 1934/S. 40

337) Durand, Bd. II, S. 788; Cour de Cassation 8/12/37 u.18/5/38; Gaz. Pal. 1938/1/26;1938/2/277 - zur Entscheidung standen Fälle aus dem Urlaubsrecht -

338) Durand a.a.O.

339) Durand a.a.O.

berechtigt, einen Einzelarbeitsvertrag des Inhalts abzuschließen, daß dieser mit Ausscheiden des AG aus dem Betrieb ohne weiteres sein Ende findet. Wenn auch die französische Regelung als Bestimmung des "ordre public" in dem Sinne angesehen wird, daß im Übernahmevertrag keine entgegenstehende Vereinbarung getroffen werden darf, so bleibt doch festzustellen, daß diese Vorschrift im Ergebnis weit weniger einschneidend ist, als wenn eine gleichlautende Bestimmung im deutschen Arbeitsrecht Geltung hätte.

Bemerkenswert sind im übrigen die Erörterungen im französischen Schrifttum über die dieser Regelung rechtskonstruktiv zugrundliegenden Gedanken. Man ist sich dabei darüber einig, daß an Hand der bisher nach geltendem Recht gegebenen Rechtsinstitute der gesetzliche Übergang der AV nicht denkbar wäre, zumal die Schuldübernahme dem französischen Recht fremd ist. Die Konstruktion einer Novation wird deswegen abgelehnt, weil im allgemeinen zwischen dem Veräußerer und den AN keine Vereinbarung getroffen werde. Auch ein Vertrag zugunsten Dritter scheide aus, da zugunsten der AN kein neues Recht zur Entstehung gelange. Durand [340], vielleicht beeinflußt durch ähnliche Erwägungen im deutschen Arbeitsrecht, vertritt die Meinung, die Lösung sei darin zu sehen, daß der Gesetzgeber zu Recht erkannt habe, der Arbeitsvertrag werde mehr mit dem Betrieb als mit dem AG abgeschlossen. Es wäre daher nur natürlich, daß ein AG-Wechsel die AV nicht beeinflussen könne. Auch hier läßt sich die gleiche bedenkliche Tendenz erkennen, von einem personifizierten Betrieb zur Begründung des AV auszugehen. Dogmatisch gesehen wäre es befriedigender, wenn

---

Anm.:
340) a.a.O.

im französischen Schrifttum in diesem Zusammenhang die Meinung vorherrschen würde, daß diese Regelung als gesetzlicher Vertragsübergang sui generis aufzufassen sei, bei welcher ähnlich wie in § 571 BGB [341] ein etwa entgegenstehender Wille des Erwerbers als rechtlich unbeachtlich gilt.

In Österreich besteht keine gesetzliche Bestimmung, wonach bei einer Betriebsübernahme der Erwerber gezwungen ist, in die laufenden AV einzutreten. Vielmehr wird nach einhelliger Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung das AV nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Übernahme fortgesetzt [342].

Erfolgt bei stillschweigender Fortsetzung des AV durch den Erwerber keine Änderung der Verwendung, Bezahlung oder sonstigen Arbeitsbedingungen des AN, so gilt auch die Vordienstzeit beim bisherigen Inhaber als eingesrechnet, d.h. bisherige und "neue" AV werden als eines betrachtet. Die Rechtslage ist also ähnlich wie im deutschen Arbeitsrecht.

Bei der Frage, ob eine gesetzliche Festlegung des ipso jure Überganges wie in § 571 BGB oder § 90 II AVE de lege ferenda empfehlenswert ist, müssen die dafür und dagegen sprechenden Argumente sozialpolitischer und wirtschaftlicher Art sorgfältigst abgewogen werden. Überhaupt wird sich der Gesetzgeber bei der Frage der Einführung einer sozialpolitischen Maßnahme stets zuvor zu vergegenwärtigen

---

Anm.:

341) nach französischem Recht findet allerdings der Mietvertrag im Falle der Veräußerung sein Ende.

342) Kapfer, Anm. 13b u. 16 zu § 23, österr. Angestelltengesetz

haben, ob diese auch gleichzeitig vom gesamtwirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen vertretbar ist; denn wenn das nicht der Fall sein sollte, so würde eine solche gesetzliche Regelung in ihren Auswirkungen dem AN letzten Endes mehr schaden als sie ihm etwa prima facie nützlich erscheint. Es müßte also auch hier, wie Galperin [343] mit Recht fordert, ein "auf dem Boden der Tatsachen bleibender Interessenausgleich" gefunden werden.

Vom gesamtwirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen spricht gegen eine solche gesetzliche Regelung insbesondere der Umstand, daß wohl unstreitig Betriebsübernahmen dann scheitern können und aller Wahrscheinlichkeit nach auch sehr häufig scheitern werden, wenn der Erwerber gezwungen wird, den gesamten Personalbestand unter den alten Arbeitsbedingungen beizubehalten. Dies gilt insbesondere bei Betriebsübernahmen zwecks Sanierung, die bekanntlich gerade in den Krisenjahren nach dem ersten Weltkrieg und während der Weltwirtschaftskrise nach 1929 die überwiegende Mehrheit bildeten. Derartige, wirtschaftlich gefährdete Betriebe konnten vielfach nur, um aus der Verlustzone herauszugelangen und überhaupt erst wieder lebensfähig zu werden, in beschränktem Umfang ihre Arbeit fortsetzen. Es hätte sich unter den damaligen Umständen wohl kein Unternehmer bereitgefunden, einen solchen Betrieb zu übernehmen, wäre er gezwungen gewesen, den etwa übersetzten Personalbestand beizubehalten, bzw. wenn es ihm nicht möglich gewesen wäre, den Betrieb in personeller Hinsicht sowie bezüglich der Arbeitsbedingungen und zusätzlicher sozialer Leistungen der

---

Anm.:
343) RdA 1955/187

wirtschaftlichen Notlage anzupassen. Die Folgen wären dann Betriebsstillegung oder sogar Abbruch und damit Verlust sämtlicher Arbeitsplätze gewesen.

Der Hinweis von Grell [344], ein solches Scheitern müsse eben im Rahmen des den Veräußerer treffenden Unternehmerrisikos mit in Kauf genommen werden [345], erscheint unverständlich; denn es gibt eine große Anzahl von Unternehmen, welche in ihrer Firmengeschichte Krisenzeiten aufzuweisen haben, die nur durch im Wege von Betriebsübernahmen erfolgte Sanierung und entsprechende Personalverminderung gemeistert werden konnten, heute aber als gutgehende Unternehmen vielen AN ungefährdete Arbeitsplätze bieten. Es wäre also beim Scheitern von Betriebsübernahmen im Ergebnis wertvolle volkswirtschaftliche Substanz endgültig verloren gegangen [346]. Es im wesentlichen wie Grell auf gutgehende Betriebe abstellen zu wollen, bei denen die Übernahme der Belegschaft kein "Opfer" bedeute, erscheint bedenklich; denn eine sozialpolitische Maßnahme hat hauptsächlich erst in Krisenzeiten ihre Bewährungsprobe zu bestehen.

Auch rechtspolitisch dürften erhebliche Bedenken gegen eine derartige gesetzliche Maßnahme bestehen; denn es würde dadurch im Ergebnis in unsere bestehende Wirtschaftsordnung insofern eingegriffen, als der AG in seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit empfindlich beschnitten würde. Wenn ihm

---

Anm.:

344) S. 166

345) ähnlich Nikisch S. 544

346) Galperin .a.O.

einerseits das Betriebsrisiko deswegen aufgebürdet wird, weil er "den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiert, den Betrieb leitet und die Verantwortung dafür trägt, sowie seinen AN dafür einstehen muß, daß der Betriebsorganismus in Funktion bleibt" [347], so muß ihm auch auf der anderen Seite eine entsprechende Möglichkeit gegeben werden, solche Aufgaben zu erfüllen. Diese Möglichkeit, die ihm die Vertragsfreiheit gewährleistet, würde empfindlich dadurch geschmälert, wenn ihm das Gesetz zwingend vorschriebe, in personeller Hinsicht alles unverändert zu übernehmen. Man mag einwenden, dem Erwerber stehe es doch frei, nach der Übernahme die notwendigen Kündigungen auszusprechen. Dieser Einwand dürfte jedoch den tatsächlichen Gegebenheiten kaum gerecht werden, wenn man bedenkt, daß der neue AG gleich zu Beginn seiner unternehmerischen Tätigkeit gegebenenfalls mit zahlreichen Kündigungsschutzprozessen zu rechnen hätte, mit ihrem Risiko und der ständigen Ungewißheit, wie er während des Schwebens dieser unter Umständen langdauernden Verfahren in personeller Hinsicht weiterdisponieren soll. Ganz abgesehen davon kommt es erfahrungsgemäß bei Betriebsübernahmen vor, daß dem Erwerber selbst bereits ein Kreis erfahrener Mitarbeiter zur Verfügung steht, denen er aus verständlichen Gründen solche Funktionen anvertrauen möchte, bei denen es in hohem Maße auf das persönliche Vertrauen des AG ankommt (z.B. Bilanzbuchhalter einer Bank), ohne daß es sich dabei etwa um "leitende Angestellte" im Sinne des § 12 c KschG handeln braucht. Wenn nun der neue AG durch Gesetz gezwungen würde, alle Angestellten beizubehalten, so wären in einem solchen Falle unter Umständen

---

Anm.:

347) BAG 25/7/57 - 1 AZR 194/56 JFA 57/3013

derartige Arbeitsplätze doppelt besetzt. Die gedeihliche und reibungslose Weiterarbeit im Betrieb in personeller Hinsicht würde also schon in der ersten Zeit nach der Betriebsübernahme fraglich erscheinen können.

Bei wirtschaftlicher Notlage des Betriebes wird der Inhaber aber meist gezwungen sein, einen Teil des Personals zu entlassen oder die Arbeitsbedingungen den derzeitigen finanziellen Gegebenheiten anzupassen. Eine solche Entwicklung läßt sich nicht verhindern und ergibt sich zwangsläufig, so daß gerichtliche Auseinandersetzungen in jedem Falle unvermeidlich sind. Diese würden aber im Ergebnis lediglich hinausgeschoben, wollte man den neuen AG zwingen, alle AN zu übernehmen [348]. Der etwa hierdurch sich ergebende relativ geringe Zeitgewinn dürfte für den betroffenen AN kaum den sozialpolitisch erwünschten Nutzen bedeuten. Auch ließe eine solche Regelung durchaus noch die Möglichkeit offen, daß der alte AG von vornherein, um bevorstehende Verhandlungen zwecks Veräußerung zu erleichtern, einen Teil der Arbeitnehmerschaft vorsorglich kündigt, ohne daß deswegen ohne weiteres nachweislich auf Umgehungsabsicht dieses Verbots geschlossen werden braucht [349]. Es soll letzthin auch nicht unerwähnt bleiben, daß erfahrungsgemäß die Übernahme von AN nur selten aus Willkür oder ohne triftigen Grund erfolgt, liegt es doch grundsätzlich im wohlverstandenen Interesse des neuen Inhabers selbst, sich den erfahrenen und eingearbeiteten AN-Stamm zu erhalten, um den Betrieb

---

Anm.:

348) Denecke BB 50/678

349) Denecke a.a.O.

reibungslos und erfolgreich weiterführen zu können.

Aus allen diesen Erwägungen dürfte sich zweifellos ergeben, daß gegen eine solche gesetzliche Regelung eine Anzahl schwerwiegender und sehr ernst zu nehmender Gründe sprechen, die, § 90 AVE (II) einzuführen, kaum empfehlenswert erscheinen lassen. Als bedenklichste Folge einer solchen Maßnahme wird dabei wohl die angesehen werden müssen, daß im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten Betriebsübernahmen kaum durchführbar sind, und dies dann allen AN zum Schaden gereicht, während bei Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit wenigstens der Arbeitnehmerschaft des überlebenden Betriebs oder Betriebsteils geholfen wäre, weil eine Stilllegung nicht durchgeführt werden braucht.

Dennoch wird im Interesse möglichst baldiger Klärung der personellen Verhältnisse des Betriebes eine gesetzliche Regelung angebracht erscheinen, welche die Beteiligten zwingt, sich unverzüglich zu den künftigen Maßnahmen verbindlich zu erklären. In diesem Sinne dürfte es sich unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des § 613 Satz 2 BGB empfehlen, den Arbeitsvertrag auf den Erwerber übergehen zu lassen, sofern nicht binnen einer bestimmten, im Gesetz näher festzulegenen Frist vom Erwerber und den AN Widerspruch erfolgt.

Es erscheint auch in diesem Zusammenhang unbedenklich, wenn durch den AN eine etwaige Ablehnung im Wege des Widerspruchs zum Ausdruck gebracht werden muß, zumal bereits nach geltendem Recht grund-

sätzlich dem AN die Obliegenheit aufgebürdet wird, sich in dieser Weise zu erklären.

III. KAPITEL

BETRIEBSÜBERNAHME UND KOLLEKTIVES ARBEITSRECHT

Die Ausführungen dieser Arbeit wären unvollständig, wenn nicht auch gleichzeitig untersucht würde, welche Rechtsfolgen sich bei einer Betriebsübernahme, d.h. immer die Betriebsidentität vorausgesetzt, bezüglich des kollektiven Arbeitsrechts im einzelnen ergeben.

1. BETRIEBSRAT ALS INSTITUTION

Das Problem, wie sich die Betriebsübernahme auf die Institution des Betriebsrates als solchen auswirkt, ist in Schrifttum und Rechtsprechung verhältnismäßig wenig behandelt worden. Lediglich die Frage, was dann erfolgt, wenn zwei Betriebe verschmolzen werden, hat eingehendere Erörterung gefunden [350]. Die sog. Betriebsverschmelzung darf nicht etwa mit dem Rechtsinstitut der Fusion verwechselt werden. Zwar kann sie unter Umständen die Folge einer solchen Fusion sein, braucht es aber nicht. Entscheidend sind dabei vielmehr allein die rein tatsächlichen Gegebenheiten, wobei es darauf ankommt, ob der bisher selbständige Betrieb nach Wechsel des Betriebsinhabers seine Selbständigkeit eingebüßt hat. Es können zwei Möglichkeiten bei Betriebsverschmelzungen in Betracht kommen. Es kann ein Betrieb in einem anderen aufgehen, d.h. wesentlicher Bestandteil eines anderen Betriebes werden. In diesem Falle besteht der übernehmende Betrieb fort und behält mithin

---

Anm.:

350) vgl. Hueck-Nipperdey, Bd. II § 57

auch seinen Betriebsrat, während der aufgenommene Betrieb seine Eigenschaft als selbständiger Betrieb verliert. Damit geht auch der bisherige Betriebsrat unter, er ist nicht mehr vertretungsfähig, d.h. das Amt der Betriebsratsmitglieder erlischt [351]. Mit Recht hebt Dietz [352] hervor, daß es für einen selbständigen Teil eines Betriebes keinen Betriebsrat geben könne [353].

Es besteht auch die Möglichkeit, daß beide Betriebe ihre Selbständigkeit verlieren und aus ihnen ein neuer Betrieb hervorgeht, der nun seinerseits eine betriebliche Einheit darstellt. Hier gehen die beiden Betriebe auch betriebsverfassungsrechtlich unter und mit ihnen die Betriebsvertretungen. Für den neu entstandenen einheitlichen Betrieb ist daher Neuwahl erforderlich [354].

Problematischer erscheint die Frage nach der Betriebsvertretung dann, wenn infolge des AG-Wechsels und der durch den neuen AG vorgenommenen personellen Änderungen eine andere Zusammensetzung der Belegschaft gegeben ist. Schon an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, daß es zur Wahrung der Betriebsidentität und damit für das Vorliegen einer Betriebsübernahme im arbeitsrechtlichen Sinne wesentlich darauf ankommt, ob man nach verkehrsüblicher Auffassung noch von der Übernahme des Betriebsorganismus sprechen kann. Es wurde ferner darauf hingewiesen,

---

Anm.:

351) LAG Frankfurt 2/12/47, Betr. 48/228

352) Anm. 33 zu § 23 BVG

353) a.A. Galperin-Siebert Anm. 7 zu § 22 BVG

354) Hueck-Nipperdey, a.a.O.

daß bei der Frage nach der Stellung des Betriebsrats es zur Wahrung der Betriebsidentität notwendig ist, daß nach dem AG-Wechsel die bisherige Betriebsgemeinschaft als solche und in einer gewissen Größenordnung erhalten bleibt. Ist dies nicht der Fall, bilden vielmehr die bisherigen AN lediglich einen Bruchteil der neuen Belegschaft in der AN-schaft, die der Erwerber eingestellt hat, oder sind sie in der bereits in seinem eigenen, nunmehr zu einem neuen Betrieb verbundenen Belegschaft aufgegangen, so ist ein neuer Betrieb entstanden mit der Folge, daß damit das Mandat des alten Betriebsrates erloschen ist und Neuwahlen stattzufinden haben [355]. Anders wäre der Fall dann zu beurteilen, wenn wesentliche Teile der alten Belegschaft in einem solchen Ausmaß übernommen wären, daß man von einem annähernden Fortbestehen der Belegschaft sprechen könnte.

Beitzkes Auffassung [356], die Person des Betriebsinhabers sei so wesentlich, daß im Verhältnis zum neuen Betriebsinhaber die Wahl eines neuen Betriebsrates angebracht sei, erscheint in ihrer Verallgemeinerung bedenklich, da der Betrieb als solcher durch den Inhaberwechsel in seiner Identität nicht berührt wird, die Belegschaft bzw. die Gemeinschaft der AN also die gleiche geblieben ist mit der Folge, daß das Mandat ihrer Vertretung mithin weiterhin bestehen bleibt. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der alte Betriebsrat infolge anderer Zusammensetzung der Belegschaft noch als gesetzlicher Vertreter der Belegschaft des neuen Betriebsinhabers

---

Anm.:

355) LAG Frankfurt 18/2/52 SAG 52/No. 59

356) in Anm. zum o.a. Urteil

angesehen werden kann. Trifft dies zu, so besteht der alte Betriebsrat weiter, ohne daß es etwa einer Neuwahl bedürfte. Gehört nach der Betriebsübernahme ein einzelnes Mitglied des Betriebsrates nicht mehr zur Belegschaft, so tritt ein Ersatzmann an seine Stelle.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch dann, wenn man entgegen der herrschenden Lehre mit Siebert [357] den insbesondere von Nipperdey [358] abgelehnten Standpunkt vertritt, die Belegschaft bilde einen sozialrechtlichen Verband, der AG und AN umfasse, und dessen Organe AG und Betriebsrat sein sollen, oder sich die Ansicht zu eigen macht, der Betriebsrat bekleide ein öffentlich-rechtliches Amt [359], denn auch nach dieser Meinung sind die Betriebsvertretungen Repräsentanten der Belegschaft. Weist daher die Belegschaft nach der Betriebsübernahme eine völlig andere Zusammensetzung auf, so müßte danach folgerichtig ebenfalls ihr Mandat erloschen sein. Es erübrigt sich daher, auf die in Schrifttum und Rechtsprechung bestrittene Frage nach der Rechtsnatur der Belegschaft und der Betriebsvertretungen in diesem Zusammenhang einzugehen.

Anm.:

357) BB 52/832, ders. Galperin-Siebert, Anm. 6 zu § 21 BVG, ebenso Grell a.a.O., sowie Herschel, RdA 48/49

358) Hueck-Nipperdey, Bd. II/685

359) Dietz Anm. 15 ff zu § 1 BVG, Anm. 33 vor § 49 BVG, ders. Betr. 52/969, Dietz-Nikisch, Anm. 26 zu § 2 AGG, vor § 80 Anm. 5 u. 6; Molitor in Festschrift für Herschel

2. BETRIEBSVEREINBARUNG

Die Frage, ob eine zwischen dem alten AG und dem Betriebsrat abgeschlossene Betriebsvereinbarung nach der Betriebsübernahme weitergilt, ist in Schrifttum und Rechtsprechung, sweit ersichtlich, unstreitig. Nach Gesichtspunkten des allgemeinen Vertragsrechts läge der Gedanke nicht fern, daß bei Fortfall einer Vertragspartei, nämlich des AG, an dessen Stelle mangels gesetzlicher Vorschrift kein Rechtsnachfolger tritt, dem Vertrag die Grundlage entzogen ist. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch dem Wesen der Betriebsvereinbarung in keiner Weise gerecht. Die BV ist, wie das BAG mit Recht ausführt [360], "eine Vereinbarung der Sozialpartner der Betriebsebene zur kollektiven Regelung von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten". Infolge der Normenwirkung, welche sich auf die AV und die gesamte innere Ordnung des Betriebes erstreckt, muß daher eine solche betriebliche, kollektive Regelung solange in Kraft bleiben wie der Betrieb besteht, es sei denn, daß die Betriebsvereinbarung vom neuen AG rechtswirksam gekündigt wird. Ein AG-Wechsel oder ein Wechsel der Betriebsvertretung ist also für das Bestehen einer BV ohne Einfluß [361].

Diese Regelung kann daher dann nicht gelten, wenn die Identität des Betriebes nicht gewahrt bleibt.

Anm.:

360) Beschl. d. gr. Senats v. 16/3/56, BB 56/560

361) Hueck-Nipperdey II/§ 66 III 2 a (S. 793); Nikisch § 46 S. 536 ff; Flatow-Kahn-Freund, Anm. 5, VII zu § 66 BRG; G. Hueck, S. 51; Kauffmann, Betr. 50/279; Dietz, Anm. 68 zu § 1 BVG; Schnorr v. Carolsfeld, S. 741; RAG, ARSlg. 5/407; LAG Frankfurt 1/6/49, BB 49/741; LAG Bremen 13/9/50, BB 50/818; BAG 19/7/57-1 AZR-420/54 in AP, No.1 zu § 52 BVG (m.Anm.v. G. Hueck)

Wenn etwa infolge völlig anderer Zusammensetzung der Belegschaft nach einer Betriebsveräußerung entsprechend der Verkehrsauffassung von einem neuen Betrieb auszugehen ist, so wird damit die Betriebsvereinbarung, die sich auf den alten Betrieb erstreckte, gegenstandslos und damit hinfällig.

Wenn man entgegen der herrschenden Lehre die Betriebsvereinbarung als autonome Betriebssatzung, die durch einen körperschaftlichen Akt zustandekommt, ansehen sollte [362], müßte man erst recht zu dem gleichen Ergebnis gelangen; denn bei rechtlicher Wertung der Betriebsvereinbarungen als einer Art innerbetrieblichen Gesetzes, können solche Normen niemals vom Wechsel der für diesen Akt zuständigen Organe betroffen werden. Es erübrigt sich daher,auf die sehr umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung im Rahmen dieser Erwägungen einzugehen.

3. TARIFVERTRAG

Bei der Frage, wie sich eine Betriebsübernahme auf die Weitergeltung eines Tarifvertrages auswirkt, sind zwei Fälle zu unterscheiden. Es kann sich dabei um einen Firmentarif handeln, d.h. um einen Tarifvertrag, bei welchem auf AG-Seite ein einzelner AG steht (§ 2 I, TVG). Kraft Gesetzes ist hier der AG tariffähig. Die Tariffähigkeit kann daher nur solange

---

Anm.:

362) so Herschel RdA 48/47; 56/161, ähnlich Galperin BB 49/374, Galperin-Siebert § 52 BVG, Anm. 19 ff; Fitting-Kraegeloh Anm. 7 zu § 52, Fitting AR-Blattei 11 D, Betriebsverfassung, XIV A Ziff. VII, LAG Frankfurt 4/8/49 AP 50/102

bestehen bleiben, als er AG ist. Fällt er als solcher fort, und tritt der Betriebserwerber nicht in die Verpflichtungen des Vorbesitzers ein, so ist hier aufgrund des Fortfalls der Tariffähigkeit und damit des Fortfalls als Partei der Firmentarif als zweck- und gegenstandslos beendet [363]. Die Rechtslage ist hier anders als bei der Betriebsvereinbarung zu beurteilen; denn bei der Betriebsvereinbarung sind Partner auf der einen Seite der AG und auf der anderen Seite die gesamte Arbeitnehmerschaft, vertreten durch ihren Betriebsrat. Beim Tarifvertrag ist aber der Partner des AG die Gewerkschaft, die auf höherer Ebene, d.h. auf der Tarifebene wohl für den Betrieb aber nicht auf der betrieblichen Ebene Normen mit dem AG festlegt, und zwar nur für die AN des Betriebes, die bei der vertragsschließenden Gewerkschaft organisiert sind.

Der Erwerber kann aber gemäß § 25 HGB in den Firmentarif kraft Gesetzes eintreten; dann geht die Eigenschaft als Tarifspartei auf den neuen AG über. Auch ein Vertragseintritt ist möglich, sofern die Gewerkschaftsseite ihre Zustimmung hierzu gibt; denn auch hier gilt der Grundsatz, daß sich ein Vertragspartner einen Schuldnerwechsel gegen seinen Willen nicht aufdrängen zu lassen braucht. Es muß in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen werden, daß der Veräußerer des Betriebes, wie Nipperdey [364] mit Recht betont, darauf hinzuwirken hat, daß der Erwerber in den Firmentarif eintritt. Diese Verpflichtung ergibt sich gem. § 242 BGB aus dem schuld-

---

Anm.:

363) Hueck-Nipperdey, II/§ 22, II, 1 a; Meissinger NZfA 24/522 - 527.

364) a.a.O.

rechtlichen Teil des Tarifvertrages, welcher eine solche Bindung der Gewerkschaft gegenüber beinhaltet.

Es kann sich ferner um einen Verbandstarif handeln. Dabei ist es möglich, daß der Betriebsveräußerer durch seine Mitgliedschaft zum Arbeitgeberverband an einen Tarifvertrag gebunden war, der Erwerber aber keinem Verband angehört und folglich nicht tarifgebunden ist. Hier liegt keine "Verbindlichkeit" im Sinne des § 25 HGB vor, die etwa auf den Erwerber übergehen könnte. Die Zugehörigkeit zu einer Koalition ist vielmehr nach heutiger Auffassung unstreitig als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts anzusehen. Es ist daher ausschließlich Sache des neuen AG, ob er Mitglied des Arbeitgeberverbandes werden will oder nicht [365]. Tritt er nicht einem solchen Verband bei, so hört die Tarifbeteiligung für den Betrieb auf [366]. Bei der Tarifbindung kommt es allein auf die Verbandszugehörigkeit und nicht auf die Betriebsinhaberschaft an. Gem. § 4 Abs. 5 TVG ist jedoch der nichttarifgebundene Erwerber gehalten, die Rechtsnormen des Tarifvertrags infolge der Nachwirkung für die organisierten AN weitergelten zu lassen, bis sie durch andere Vereinbarungen - Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag - ersetzt sind.

In diesem Zusammenhang etwa für den Betriebsveräußerer eine Verpflichtung annehmen zu wollen, beim Erwerber auf Eintritt in den Arbeitgeberverband

---

Anm.:

365) sog. pos. u. neg. Koalitionsfreiheit

366) RAG, ARSlg 9/458; 14/475; Hueck-Nipperdey, II/ § 23 VII 6; Hueck-Nipperdey-Tophoven, Anm. 18 zu § 3 TVG; Meissinger a.a.O.; Kaskel S. 34; Jacobi S. 228, Vanselow, Schl. W. 24/95, Neumann, Arb. R.Prax. 29/53

hinzuwirken, ist abwegig; denn der Veräußerer ist hier nicht wie beim Firmentarif mit der Gewerkschaft vertraglich gebunden, der Normenvertrag kommt vielmehr in diesem Falle ausschließlich zwischen dem Arbeitgeberverband und der Gewerkschaft zustande.

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Gliederung		I - II
Verzeichnis der Abkürzungen		III- IV
Literaturverzeichnis		V - XII
Einleitung		1 - 6
I. Kapitel		
Der Betrieb als Gegenstand der Betriebsübernahme		7 - 34
1. Begriffsbestimmung	7 - 13	
2. Identität des übernommenen Betriebes mit dem des bisherigen Inhabers	14 - 16	
Identität des bisherigen Betriebszwecks	16 - 20	
Die gleiche Problematik bei Umstellung von Verbänden und Organisationen	20 - 24	
Identität und Belegschaft	24 - 26	
Identität und Stillegung	27 - 30	
Ortswechsel	30 - 32	
Identität eines Betriebsteiles	32 - 34	
II. Kapitel - Hauptteil		
Betriebsübernahme und Einzelarbeitsverhältnis		35 - 178
I) Betriebsübernahme als Tatbestand		35 - 41
1. Partnerwechsel durch Gesetz	36 - 37	
2. Partnerwechsel durch Rechtsgeschäft	37 - 38	
3. sog. originärer Betriebserwerb	39	

II) Rechtsfolgen der Betriebsübernahme 41 - 178

1. Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes 43 - 97

Lösungsversuch von Nikisch (1.Aufl.) 43 - 45

Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis 46 - 48

Eingliederungs- und Vertragstheorie 48 - 53

Lösungsversuche:

Molitor 54 - 55

Grell 55 - 61

Reinhardt 61 - 65

Möhring 65 - 68

Steinböhmer 69 - 74

Brecher 74 - 75

Verhältnis von §§ 419 BGB, 25 HGB zur Betriebsübernahme 75 - 81

Lösungsversuch des LAG Mannheim 81 - 84

Dietz 85 - 86

Nikisch (2.Aufl.) 86 - 88

Bötticher 88 - 96

Dersch 97

2. Vertragspartnerwechsel durch Rechtsgeschäft 98 - 178

Herrschende Lehre;

Zession und Schuldübernahme 98 - 102

Bedeutung des § 613 Satz 2 BGB 102 - 132

Sondermeinung von Staub-Bondi 132 - 134

Fortgesetzter Arbeitsvertrag 136 - 138

Neuer Arbeitsvertrag 138 - 140

Gesetzlicher Bestandsschutz und Fortsetzung des Arbeitsvertrages (ipso jure Übergang kraft Gesetzes)

Heimkehrerrecht 142 - 143
Arbeitsplatzschutzgesetz 144
Mutterschutzgesetz 144
Schwerbeschädigtengesetz 145 - 146
Kündigungsschutz des Betriebsrats 146 - 151

3. Ruhegehaltsverpflichtungen sowie sonstige zusätzliche soziale Leistungen 153 - 159
4. Aufrechterhaltung von mit der Betriebszugehörigkeit verbundenen Rechten und Anwartschaften 160 - 163
5. Zusammenfassung, Kritische Würdigung und Erwägungen de lege ferenda 164 - 178

III. Kapitel

Betriebsübernahme und kollektives Arbeitsrecht 179 - 187

1. Betriebsrat als Institution 179 - 182
2. Betriebsvereinbarung 183 - 184
3. Tarifvertrag 184 - 187